Das Surrogationsprinzip bei Unmöglichkeit der Leistung

INAUGURAL-DISSERTATION

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Kurt Kalbhen

aus Haselünne

Approbiert am 10. März 1937.

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1937

1937/289

Das Surrogationsprinzip bei Unmöglichkeit der Leistung

INAUGURAL-DISSERTATION

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Kurt Kalbhen
aus Haselünne

Approbiert am 10. März 1937.

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1937

Referent: Univ.-Professor Geheimrat Dr. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite:

I. Teil.

§ 1. Einleitung. Darstellung des Problems unter Berücksichtigung des römischen Rechts und der historischen Entwicklung. 1

II. Teil.

§ 2. Wesen und Bedeutung des § 281 BGB. 6

§ 3. Die Unmöglichkeit als Voraussetzung des § 281 BGB. 12

§ 4. Begriff des Ersatzes im Sinne des § 281 BGB. . 14

1. Das commodum ex re.

2. Das commodum ex negotio.

a) Ist der durch Rechtsgeschäft erzielte Erlös einer Sache der Ersatz dieser Sache im Sinne des § 281 BGB.?

aa) Der Begriff des Ersatzes und der Grundgedanke des § 281 BGB. sprechen für diese Ansicht.

bb) Die Einheit der Kausalität von Unmöglichkeit und Ersatzerlangung im Sinne des § 281 BGB. ist gewahrt.

3. Mittelmeinung (z. B. Krückmann).

§ 5. Die Ersatzherausgabe beim Bereicherungsanspruch (§ 818 BGB.). Berücksichtigung der historischen Entwicklung. 25

1. Begriff der Unmöglichkeit.

2. Begriff des Surrogates.

§ 6. Die Ersatzherausgabe beim Eigentumsherausgabeanspruch. (§ 985 BGB.). Berücksichtigung der historischen Entwicklung. 29

1. Ausgangspunkt sind die Entscheidungen des RG. 104/84 ff., 115/31 ff.

a) Die Normen des Allgemeinen Teils des Rechts der Schuldverhältnisse sind auch auf dingliche Ansprüche anzuwenden.

Seite:

aa) Die Systematik des Gesetzes und das Wesen des dinglichen Anspruchs schließen die Anwendung schuldrechtlicher Normen nicht aus.

bb) Die besonderen Vorschriften der §§ 987 ff. BGB. schließen den Anspruch aus § 281 BGB. nicht aus.

2. Die verschiedenen Stellungnahmen dazu.

a) Kann die Ansicht, § 281 BGB. sei nur der Ausdruck eines vermuteten Parteiwillens, die Anwendbarkeit des § 281 BGB. ausschließen?

b) § 281 BGB. erfüllt seine besondere Funktion nur gegenüber einem persönlichen Schuldner. .

c) Läßt sich der Begriff Unmöglichkeit in § 281 auf den dinglichen Anspruch übertragen?

d) Ist die Gleichsetzung von Unmöglichkeit und Besitzverlust abzulehnen?

e) Führt die Anwendung des § 281 BGB. auf den dinglichen Anspruch zu Unbilligkeit?

3. Eigene Stellungnahme. Die Anwendung des § 281 BGB. verwischt die Grenzen gegenüber dem Anwendungsgebiet des § 816 BGB.

§ 7. Die Ersatzherausgabe bei der hereditatis petitio (§ 2019 BGB.). Berücksichtigung der historischen Entwicklung. 40

III. Teil.

§ 8. Schlußwort. 45

Literaturverzeichnis.

Allermann: Beiträge zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung. Diss. Erlangen 1908.

Becker, M.: Privatlieferung, Kriegslieferung des § 281 BGB. in JW. 1915, S. 182.

Bellermann, Wolfgang: Die Surrogation bei Veräußerung der Erbschaft durch den Erbschaftsbesitzer. Diss. Straßburg 1910.

Bendix, Ludwig: Die Bedeutung des § 281 BGB. für die durch die Folgen des Krieges beeinflußten Lieferungsverträge. Berlin, Heymann 1914.

Bernhöft, Friedrich: Zur Lehre von den Fiktionen. Festgabe für Bekker. 1917.

Beyer, Reinhard: Die Surrogation bei Vermögen im BGB. Marburg. 1905.

Binder, Julius: Die Rechtsstellung der Erben. III. Bd., 1901—1905.

Code civil von 1804.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd., 8. Aufl. 1907.

Crome, Karl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse. Tübingen 1912.

Dernburg, Heinrich: Das Bürgerliche Recht. II. Bd., Die Schuldverhältnisse. Halle 1899.

Dölle, Hans: Eigentumsanspruch und Ersatzherausgabe in der Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, herausgegeben von Otto Schreiber, III. Bd., 1929, S. 22 ff.

Endemann, Friedrich: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. u. 9. Aufl. 1919, 1920.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Schuldrecht, 1929.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.

Nipperdey-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band I, II, III, IV. Marburg 1930—1932.

Feist, Otto: Das Prinzip der dinglichen Surrogation in Familien- und Erbrecht im BGB. Tübinger Diss. Halle 1903.

Fischer, Otto: Bereicherung und Schaden. Festschrift für Ernst Zitelmann. München und Leipzig 1913.

Freund: Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs. Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Heft 7, 1902.

Halpern: Österreichisches Zentralblatt für die Juristische Praxis. Jahrgang 35. 1917, S. 545 ff.

Harff: Das ursprüngliche Unvermögen zur Leistung, Berlin 1912.

Haymann: Zuwendung aus fremden Vermögen in IherJahrb. Bd. 77 (1927) S. 188 ff.

Heck, Philipp: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

Hellwig, Konrad: Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.

Holldack: Pretium succedit in locum rei in Grünhuts Zeitschrift Bd. 32.

Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung. Jena 1900.

Kisch: Nachträglich eintretende Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen. 1900.

Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen. 1900 und Dogm.J. 43 S. 105 ff.

Kluckhohn: § 281 BGB. und die Getreide- und Mehlbeschlagnahme in der JW. 1915 S. 1222.

Kluckhohn: Über die Verpflichtung zur Herausgabe des beim Verkauf einer fremden Sache erzielten Gewinns. Archbürgerl. Recht, Bd. 41, 1915.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Bd., I. Teil, 1906.

Kohler: Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit, Archf.bürg. Recht 1903. Bd. 22.

Kohler: Archfbürgerl. Recht. Bd. 3 S. 149 f.

Kommentar der Reichsgerichtsräte. I. Bd. (Allgemeiner Teil). Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil).

Korsch, Gustav: Der Anspruch auf das Surrogat (Ersatzanspruch namentlich mit Rücksicht auf die Kriegsverhältnisse). ArchzivPr. Bd. 114, S. 1ff.

Kress, Hugo: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. München 1929.

Krückmann, Paul: Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. 5. Aufl. 1929.

Kübler, Bernhard: Geschichte des römischen Rechts. Lehrbuch, Leipzig und Erlangen. Deichert 1925.

Kuhlenbeck, Ludwig: Von den Pandekten zum BGB. Berlin 1898—1901.

Landsberg: Das Recht des BGB. 1. und 2. Hälfte, Berlin 1904.

Langheineken: Anspruch und Einrede. Leipzig 1903.

Lehmann: Die Kriegsbeschlagnahme. 1916.

Lemberg: Recht und Wirtschaft 1915, S. 101.

Leonhard: Der Erbschaftsbesitz. Jena 1899.

Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des BGB. I. Bd. München und Leipzig 1929.

Lindemann-Soergel: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1921.

Lindenberg, Ernst: Die dingliche Surrogation beim Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Heidelberg 1912.

Lippmann: In IherJahrb. Bd. 7 Nr. 2.

Loewenwarter: Ist § 281 BGB. bei den durch den Krieg beeinflußten Lieferungsverträgen anwendbar? in JW. 1915, S. 111.

Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1914.

Mayer, Heinz: Der Anspruch auf die Ersatzvorteile nach § 281 BGB. Abs. 1, unter besonderer Berücksichtigung des rechtsgeschäftlichen Entgelts. Diss. Göttingen 1932.

v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1903.

Mommsen: Erörterungen aus dem Obligationenrecht. 1. Heft, 1859.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse, Bd. I, 5. Aufl. Berlin 1928, Berlin 1910.

Oertmann: Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, ArchzivPr. Bd. 116 S. 1ff.

Oertmann: Ist der Anspruch auf Ersatzherausgabe (§ 281 BGB.) auf dingliche Ansprüche anwendbar? JR. 1931 Nr. 1.

Pescatore: Wahlschuldverhältnisse. 1905.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, III. Band, Sachenrecht, IV. Aufl. Berlin und Leipzig, 1928.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. I, 1897.

Raasch, Fritz: Das Surrogationsprinzip bei der Erbschaftsklage. Diss. Greifswald 1903.

Rabel: Die Unmöglichkeit der Leistung in der Festschrift für E. J. Bekker, 1907.

Römer, Gerhard: Ist § 281 BGB. auf das durch Rechtsgeschäft erlangte Entgelt anwendbar? Arch. zivPr. Bd. 119, 1921, S. 293.

Sächsisches Gesetzbuch (Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863).

Seefried, Rudolf: Der § 281 BGB. Diss. Erlangen 1905.

Segall: Über die Verwandtschaft des Anspruchs auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung und des Schadensersatzanspruchs. Diss. Heidelberg 1907.

Simon, Luise: Der Anspruch auf die Ersatzvorteile. Diss. Köln 1928.

Scherer: Erklärung des Satzes „Res succedit in locum pretii, pretium in locum rei". Diss. Göttingen 1890.

Schmitt, Ernst: Die Surrogation im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Giessen, 1902.

Schollmeyer: Kommentar zum BGB. II. Bd. 1. Hälfte, München 1900.

Schulte: Inwiefern unterscheidet sich der Satz „Res succedit in locum pretii, pretium in locum rei" in der Erbschaftsklage und der Dotalklage? Bückeburg 1897.

Schulz: System der Rechte auf den Eingriffserwerb. ArchzivPr. Bd. 105, 1909, S. 1—485.

Schwarz: Der Anspruch des Eigentümers gegen den nicht rechtswirksam verfügenden gutgläubigen Nichtberechtigten. (§§ 281 und 816 BGB.). Diss. Tübingen 1930.

Starke: Kriegsgewinne auf Grund von Beschlagnahme in JW. 1915, S. 561 ff.

Starke: Lieferungsverträge unter Einwirkung des Krieges. 2. Aufl. 1917.

Staudinger: Kommentar zum BGB. I. Band, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1925. II. Band, 1. Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 1930. II. Band, 3. Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 1929. München, Berlin und Leipzig.

Stoll, Heinrich: Die Lehre von den Leistungsstörungen. Denkschrift des Ausschusses f. Personen-, Vereins- und Schuldrecht. Schriften der Akademie für deutsches Recht. Tübingen, Mohr 1936.

Strohal: Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des BGB. 3. Aufl. 1904.

Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem Bürgerlichen Recht, 1900.

Wächter: Erörterungen aus dem Privatrecht. 1. Heft. Stuttgart 1845/46.

Waller, Alfred: „Surrogation", eine Studie aus dem modernen Privatrecht. Diss. 1904, Bonn.

Walsmann: in JW. 1926, S. 1244.

Warneburg: Zur Anwendbarkeit des § 281 BGB. bei Unmöglichkeit der Leistung wegen Beschlagnahme, in LZ. 16 S. 1086.

Werner: Besprechung des Urteils des Reichsgerichts vom 28. Oktober 1926 in der JW. 1927, S. 1141.

Windmüller, Edgar: Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes „pretium succedit in locum rei, res in locum pretii" nach gemeinem Recht und BGB. Diss. Leipzig 1902.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Frankfurt am Main, 1906.

Wunderlich: Anwendung des § 323 Abs. II BGB. im Falle der Beschlagnahme in LZ. 1915 S. 1488.

Abkürzungen.

ArchzivPr.	= Archiv für die zivilistische Praxis.
Dogm. J.	= Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
HansGerZ.	= Hanseatische Gerichtszeitung.
IherJahrb.	= Iherings Jahrbücher.
JR.	= Juristische Rundschau.
JW.	= Juristische Wochenschrift.
KritVJSchr.	= Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Mot.	= Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
OLGE.	= Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen.
Prot.	= Protokolle zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
RGRKomm.	= Kommentar der Reichsgerichtsräte.
RGZ.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
§§	= Bei den §§ ohne nähere Bezeichnung handelt es sich um solche des BGB.

I. Teil.

§ 1. Einleitung. Darstellung des Problems unter Berücksichtigung des römischen Rechts und der historischen Entwicklung.

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die Untersuchung der Frage, für welche Fälle der Gesetzgeber einen Schuldner verpflichtet, an den Gläubiger einer geschuldeten Leistung dasjenige herauszugeben, was als Ersatz an die Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung, die selbst unmöglich geworden ist, getreten ist.

Bei der Schaffung des BGB. hat den Bearbeitern der Gedanke eines „Surrogationsprinzipes" vorgeschwebt, ein Grundsatz, der in vielen Einzelbestimmungen in die Erscheinung tritt. Unbedenklich kann man daher feststellen, daß im BGB. das „Surrogationsprinzip" Anerkennung gefunden hat. Zwar nicht als allgemeiner Grundsatz, da das Gesetz es nur für einzelne Rechtsverhältnisse aus praktischen Rücksichten verwerten kann[1]. Es findet sich aber — wenn auch lose und ohne inneren Zusammenhang nebeneinander — so vielfach im Gesetz und seine Anwendung auf das praktische Leben ist so mannigfach, daß die Auffassung der Einkehr des „Surrogationsprinzips" ins BGB. seine Berechtigung hat.

Eine Definition der Surrogation wäre etwa „der Ersatz einer Sache durch eine andere und deren Erwerb" oder, wie Wächter[2] sich ausdrückt, „das rechtliche Setzen einer Sache an Stelle einer anderen". Beide Umschreibungen bleiben aber ungenau.

Die allgemeine Bedeutung der Surrogation ist folgende: Es tritt uns in einer Anzahl von Fällen, die über das ganze Rechtsgebiet zerstreut sind, die Erscheinung entgegen, daß dasjenige, was sich rechtlich aus einer Sache entwickelt, was namentlich durch Rechtsgeschäft, aber auch durch andere Ereignisse an die Stelle dieser Sache tritt, in gewissen Beziehungen in dieselbe Rechtslage gerät, in der sie ursprünglich sich befand.

Unter den Arbeiten, die speziell über Surrogation handeln, ist die von Beyer[3] die eingehendste und umfangreichste. B. geht davon aus, den römischen Satz „res succedit in locum

[1] Vgl. Mot. III S. 29.
[2] a.a.O. S. 13 Anm. 48.
[3] Die Surrogation bei Vermögen. 1905.

pretii, pretium in locum rei" zu analysieren und so die Voraussetzungen zu gewinnen, die den heutigen Surrogationsbegriff, zu dem nach Beyer dieser römische Satz „als Modell gedient" hat.

Dieser Satz ist hinsichtlich seiner Entstehung nicht klar erfaßbar. Ausgangspunkt dürfte wohl das Institut des „Subrogare" sein. Subrogare hat die Bedeutung, an Stelle eines Beamten vor Ablauf seiner Amtszeit einen anderen setzen. Später bezeichnete das Wort „subrogare" das Ersetzen.

In der Folgezeit entwickelte sich dann ohne ersichtlichen inneren Zusammenhang mit der ursprünglichen Bedeutung des „subrogare" ein Institut, das dem heutigen Begriff nahe verwandt ist. Das gemeinsame dieser in der Auswirkung sehr ungleichartigen Erscheinungen findet aber in dem Satz „pretium succedit in locum rei, res in locum pretii", wenn man den Ausdruck pretium nicht nur als Kaufpreis, sondern im weiteren Sinne überhaupt als Äquivalent auffaßt, seine Stütze.

Ob der Satz: „surrogatum sapit naturam eius, cui surrogatum est", der namentlich in der älteren Literatur gleichbedeutend mit dem Satz „pretium. . ." gebraucht wird, zutreffend ist, mag dahingestellt bleiben.

Scherer[4] ist allerdings der Ansicht, die beiden Sätze „pretium . . ." und „surrogatum . . ." unterschieden sich dadurch, daß der erste einen engeren Kreis umfaßt, daß er sich nur auf den Kauf beziehe (arg. pretium), vor allem auf den Ersatzerwerb durch Rechtsgeschäft, nicht auch auf den kraft Gesetzes, während letzterer durch den Satz „surrogatum" mitumfaßt würde.

Das Wort „Surrogation", so wie es heute verstanden wird, ist eine Wortbildung der juristischen Literatur und kommt als solches im Gesetzbuch nicht vor. Ebenso ist die Surrogation als Institut nicht einheitlich geregelt, noch ist sie begrifflich festgelegt. Das Gesetz hat vielmehr, so oft es das für notwendig hielt, die surrogationsrechtlichen Bestimmungen besonders verordnet und zwar beinahe immer mit anderen Worten und für andere Verhältnisse[5].

Heute bezeichnet man — wahrscheinlich im Anschluß an den Satz „surrogatum. . ." — diese verschiedenen Äquivalente, die hier rechtlich als Nachfolger der ursprünglichen Sache erscheinen, zusammenfassend als Surrogate dieser Sache, ein Grundsatz, dessen Wirkung sich in dieser häufig wiederkehrenden Erscheinung äußert, als der Grundsatz der Surrogation.

Die für das gesamte römische Recht wichtigste Auswirkung des Surrogationsgedankens findet sich in dem Satz:

---

[4] a.a.O. S. 27—70.

[5] Vgl. die Aufzählung und Charakterisierung bei Rasch S. 20 ff. und Windmüller S. 94—100.

„commodum eius esse debet, cuius periculum est". Wird also durch dasselbe Ereignis auf der einen Seite eine völlige oder teilweise Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung herbeigeführt, auf der anderen Seite ein commodum gewonnen, so steht der Anspruch auf das commodum demjenigen zu, welcher in Ansehung des Ereignisses die Gefahr trägt[6]. Beachtlich ist, daß es als selbstverständlich angesehen wird, daß das commodum Surrogat der ursprünglichen Sache ist und in logischer Folge dem zugesprochen wird, „cuius periculum est". Es gebührt also demjenigen das an die Stelle des geschuldeten Gegenstandes tretende commodum, der die Gefahr und den Nachteil des die Unmöglichkeit herbeiführenden Ereignisses zu tragen hatte. Während in dem Falle also, daß der Schuldner dies zu vertreten hatte, es diesen von seiner Verpflichtung befreite, der Gläubiger also den Nachteil zu tragen hatte und damit den Anspruch auf das commodum gewann, wurde der Schuldner schadensersatzpflichtig, wenn er die durch die Unmöglichkeit der Leistung verursachenden Umstände zu vertreten hatte. Dann wurde der Gläubiger schadlos gehalten durch Geld und dem Schuldner stand das commodum zu.

Folgende Grundsätze vermögen eine Übersicht zu geben:

1. Die Surrogation findet nur bei nachträglicher Unmöglichkeit statt. Das beweist namentlich 1, 21 D de her. vend. 18, 4.

2. Der Gläubiger kann nur solche Surrogation fordern, die der Schuldner durch denselben Umstand erlangt hat, der die Erfüllung unmöglich machte. Ebenfalls: 1, 21 D 18, 4.

3. Das Prinzip greift überhaupt nur dann Platz, wenn der Gläubiger in Bezug auf das betreffende Ereignis die Gefahr trägt. Das entspricht dem Zweck der Bestimmung, dem Gläubiger einen Ersatz für die ihm drohende Gefahr zu gewähren. Der Gläubiger hat also keinen Anspruch auf das stellvertretende commodum, solange die Gefahr bei dem Schuldner lag.

Diese auf dem römischen Recht beruhende Regelung war auch im gemeinen Recht mit dem sie begründenden Grundsatz geltend geworden[7].

Bei den Obligationen trägt im gemeinen Recht regelmäßig der Gläubiger die Gefahr des zufälligen Unmöglichwerdens der Leistung. Der Schuldner wird dadurch von seiner Verpflichtung befreit, gleich als ob er sie erfüllt hätte. Der Gläu-

---

[6] Kuhlenbeck II S. 95; Korsch a.a.O. S. 4.

[7] Vgl. Mommsen, Erörterungen S. 77 ff.; Dernburg Bd. II, § 23 IV b; Oertmann zu § 281 Bem. 1; Siehe f. d. gem. Recht: 11, 1 § 47 2 D 16, 3, 1, 35 § 4 D 18, 1; Windscheid II § 264 Nr. 6; ähnlich code civil art. 1302/3 und Sächs. G. B. § 960.

biger erhält nichts und muß, wenn die Obligation eine zweiseitige ist, seinerseits leisten.

Gestützt auf die Erwägung „commodum. . .“ gewährt nun das gemeine Recht in diesen Fällen dem Gläubiger einen Anspruch auf das sog. stellvertretende commodum. Es unterwirft dem Anspruch des Gläubigers an Stelle der ursprünglich geschuldeten Sache, deren Leistung unmöglich geworden ist, die vom Schuldner an Stelle derselben erworbenen Gegenstände, die Surrogate.

In den Motiven und Protokollen[8] ist bei den verschiedensten Gelegenheiten von diesem Grundsatz die Rede. Das Wort „Surrogat“ wird gebraucht zur Bezeichnung des Ersatzes einer Sache oder eines Rechts.

Bei der Schaffung des BGB. lehnte man sich zunächst an diesen Standpunkt an. § 238 I des 1. Entwurfs lautete: „Hat der Schuldner infolge eines Umstandes, welcher ihn in Gemäßheit des § 237[9] von der Verpflichtung zur Leistung befreit hat, für den Gegenstand der letzteren einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt, so ist er verpflichtet, dem Gläubiger auf dessen Verlangen das als Ersatz Empfangene herauszugeben oder den Ersatzanspruch abzutreten“.

Die Frage, ob das Surrogationsprinzip auch auf die Fälle der verschuldeten Unmöglichkeit zu erstrecken sei[10], wurde in der 2. Lesung des Entwurfs nicht geklärt. In den weiteren Beratungen wurde diese Frage aber bejaht, „da es innerlich ungerechtfertigt erscheine, den Gläubiger für den Fall, daß die Unmöglichkeit durch ein Verschulden des Schuldners herbeigeführt worden sei, schlechter zu stellen, als wenn sie von diesem nicht verschuldet sei“[11].

Der Gedanke ist, im Vermögen des Schuldners den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der Eingriff nicht erfolgt und richtig erfüllt worden wäre. Es ist ein Gegenstück zum Schadensersatz, mit dem er aber nicht verwechselt werden darf. Bei diesem wird in der Person des Gläubigers, bei der Herausgabe der Surrogation in der Person des Schuldners der Zustand hergestellt, wie er ohne das Ereignis sein würde[12].

Diese von der Kommission vertretene Ansicht ist beschlossen und im § 281 BGB. niedergelegt worden. Die römische und gemeinrechtliche Auffassung ist nicht angenommen und ihr ein Ende bereitet worden. Zu beachten ist dabei, daß offenbar

---

[8] u. a. Mot. III 362, 499, 514, 544, 835, 864, IV 501, V 584.

[9] Dieser bestimmte, daß nur in dem Falle ein Anspruch des Gläub. entstand, wenn der Schuldner den fragl. Umstand nicht zu vertreten hatte.

[10] Prot. I S. 316.

[11] Prot. I S. 318.

[12] Vgl. Oertmann zu § 281 Anm. 1.

kein neuer Anspruch entsteht, sondern daß der alte nur seinen Inhalt (nicht Zweck) wechselt. (Bürgen und Pfänder bleiben also bestehen).

Je nachdem, ob jemand ein Recht auf einen Gegenstand selbst oder ein Recht an einem solchen hat, er also persönlich oder dinglich berechtigt ist, hat er entweder nur ein Recht, welches einen Gegenstand unmittelbar ergreift[13], und wie sein Recht somit bezüglich des betreffenden Gegenstandes verschieden gestaltet sein kann, kann er in gleicher Weise auch an den Surrogaten dieses Gegenstandes sowohl dinglich wie auch persönlich berechtigt sein.

Für die vorliegende Arbeit, bei der nur die Surrogation bei der Unmöglichkeit der Leistung zu erörtern ist, kommen nur die Fälle in Betracht, in denen jemand persönlich berechtigt ist. Die Fälle einer dinglichen Surrogation fallen also fort, abgesehen von dem in § 7 dieser Arbeit zu behandelnden Fall der Surrogation bei der Erbprätendentenklage.

[13] Vgl. Dernburg, Pand. Bd. I § 22 Anm. 7 S. 49.

II. Teil.

§ 2. Wesen und Bedeutung des § 281 BGB.

Es ist zweckmäßig, diesem Abschnitt zunächst den Wortlaut des § 281 Abs. I BGB. voranzustellen: „Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruches verlangen".

Schulz[14] bezeichnet als Grundgedanken des § 281 den Satz, daß bei jedem „Eingriffserwerb" im Vermögen des Schuldners, nicht des Gläubigers, der Zustand wiederherzustellen sei, „der bestehen würde, wenn der Eingriff unterblieben wäre"[15]. In diesem Sinne erblickt er in § 281 die gesetzliche Anerkennung des Gedankens, daß „grundsätzlich niemand aus einem widerrechtlichen Eingriff in ein fremdes Recht einen Gewinn machen dürfe". § 281 erhält bei Schulz also geradezu strafenden Charakter; denn der Schuldner muß das durch „Eingriff" in das Recht des Gläubigers Erlangte gewissermaßen zur Strafe an den Gläubiger herausgeben; ob der Gläubiger Schaden in dieser Höhe erlitten hat, ist ja für den ihm auf Grund des § 281 BGB. eingeräumten Anspruch belanglos. Um die ganze Tragweite dieser Lehre zu erkennen, muß man noch bedenken, daß ein „Eingriff" im Sinne von Schulz kein Verschulden des Verpflichteten voraussetzt, daß vielmehr nach seinem System jede Nichterbringung einen widerrechtlichen Eingriff darstellt[16].

Wo soll der Strafcharakter liegen? Ist es dann nicht auch eine Strafe für den Gläubiger, wenn er nun auf das vielleicht weniger wertvolle Surrogat angewiesen ist?

Die Auffassung von Schulz muß falsch sein. Von Strafe kann dann nicht geredet werden, wenn der Gesetzgeber versucht, aus einer für beide Parteien unglücklichen Lage einen gerechten Ausgleich zu finden. Der Schuldner hat sich durch das freiwillig vorgenommene Kausalgeschäft aller Rechte auf die Sache begeben, der Gläubiger sich durch das Verlangen des Surrogats einen Ausgleich für einen Verlust gesichert.

---

[14] System der Rechte auf den Eingriffserwerb.
[15] a.a.O. S. 15, 441 ff.
[16] a.a.O. S. 446 — Staudinger Anm. II, 1 a zu § 284.

Im allgemeinen hat der Gläubiger Anspruch auf Herausgabe des vom Schuldner erlangten Ersatzes oder auf Abtretung des dem Schuldner zustehenden Ersatzanspruchs. Der Schuldner hat dem Gläubiger also eine von ihm erlangte Entschädigung so herauszugeben, wie er sie empfangen hat. Dieser Anspruch des Gläubigers auf Ersatzherausgabe ist ein schuldrechtlicher. Das in § 281 verwendete Wort „Herausgabe" darf nicht zu der Annahme führen, daß der vom Schuldner erlangte Ersatz unmittelbar dinglich in das Eigentum des Gläubigers übergehe[17].

Die gemeinrechtliche Theorie, die einen solchen Vermögensvorteil als stellvertretendes commodum bezeichnet, hat dieses commodum unter Anwendung des Grundsatzes „commodum eius esse debet, cuius periculum est" dem Gläubiger zugesprochen, wenn der Schuldner durch die Unmöglichkeit der Leistung frei wird, der Gläubiger also das periculum trägt[18].

Sie beschränkt aber diesen Anspruch des Gläubigers auf das Surrogat, auf den Fall der eigentlichen causa, spricht ihn also dem Gläubiger ab, wenn die Unmöglichkeit der Leistung durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand verursacht wird.

Die in § 281 I festgesetzte Bestimmung beruht aber nicht so sehr auf der den Entscheidungen des gemeinen Rechts zugrunde liegenden Erwägung, daß das commodum eines Ereignisses demjenigen gebühre, der die Gefahr desselben trägt (cuius periculum, eius est commodum), als auf der Auffassung der Surrogate als rechtlicher Nachfolger, als Fortsetzung der ursprünglichen Sache, die demnach ohne Rücksicht auf Verteilung der Gefahr in die rechtlichen Beziehungen eintritt, die hinsichtlich der ursprünglichen Sache bestanden.

Da die Vorschrift des § 281 Abs. 1 BGB. sich also nicht, wie der entsprechende Grundsatz des gemeinen Rechts, auf den Fall beschränkt, daß der Gläubiger die Gefahr des die Unmöglichkeit herbeiführenden Ereignisses trägt, sondern auch dann Platz greift, wenn die Gefahr den Schuldner trifft, handelt es sich im Grunde um die Unterstellung, daß der Parteiwille auch auf die eventuellen Surrogate gerichtet sei[19].

Entwurf II hatte den im BGB. festgelegten Grundsatz nur für den Fall unverschuldeter Unmöglichkeit der alten Leistung aufgenommen, also nach dem Satze: „Cuius est periculum, eius est commodum".

Das BGB. erweitert diesen Grundgedanken auf alle Fälle der Unmöglichkeit.

---

17 Vgl. Staudinger Anm. II, 1 zu § 284; RGZ. Bd. 94, S. 201.
18 Vgl. Mommsen Beitr. I S. 297 ff.; Erörterungen I S. 70 ff.
19 vgl. Mot. II S. 46.

In einem weiteren wichtigen Punkte weicht die Regelung des § 281 Abs. 1 BGB. vom gemeinen Recht ab, indem sie dem Gläubiger nicht nur Anspruch auf diejenigen Surrogate gewährt, die auf Grund des die Unmöglichkeit herbeiführenden Ereignisses erworben wurden, sondern auf alle infolge des betreffenden Ereignisses erlangten Surrogate.

Der im § 281 BGB. für den Fall der Unmöglichkeit aufgestellte Rechtssatz über die Verpflichtung zur Herausgabe des sog. stellvertretenden commodums (Ersatzherausgabe, Surrogationsprinzip) entspricht dem im Schadensersatzrecht geltenden Grundsatz über die Verpflichtung zur Vorteilsausgleichung. (commodum lucri ex damno).

Im übrigen entspricht der § 281 dem gemeinen Recht: es handelt sich auch hier nur um eine nachfolgende — subjektive oder objektive — Unmöglichkeit. Wie weiter unten näher darzulegen sein wird, kann der Gläubiger als Surrogate vom Schuldner jeden für die Sache erworbenen Ersatz oder Ersatzanspruch fordern, gleichgültig, ob der Erwerb desselben auf Rechtsgeschäften des Schuldners oder auf sonstigen Ereignissen beruht, sofern zwischen Unmöglichkeit und Surrogat Kausalzusammenhang besteht. Es handelt sich namentlich um den Ersatzanspruch des Schuldners gegen Dritte wegen deliktischer Entziehung oder Zerstörung der Sache usw.

§ 281 bezieht sich auf den infolge des schädigenden Ereignisses für den geschuldeten oder auch bloß haftenden Gegenstand erlangten Ersatz- oder Ersatzanspruch; ersteren muß der Schuldner herausgeben, letzteren dem Berechtigten abtreten. Dahin gehören Schadensersatzansprüche gegen dritte Zerstörer der Schuldsache, Versicherungsansprüche und -gelder, Enteignungsgelder. (Bestritten: rechtsgeschäftlicher Entgelt[20], vgl. § 4 dieser Arbeit).

Zweifel sind darüber entstanden, wie im Falle des § 281 Abs. II BGB. der „Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs" zu berechnen ist. Nach Siber[21] soll der Wert des Gegenstandes des Ersatzanspruchs abzuschätzen, ein Geldanspruch aber zum Nennwert anzurechnen sein. Dem Gesetz dürfte es dagegen entsprechen, den Wert des Ersatzanspruchs anzurechnen, nicht den seines Gegenstandes. Der wesentliche Unterschied der beiden Auffassungen liegt darin, daß nach der hier vertretenen ein uneinbringlicher Anspruch nicht auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen ist, nach Siber dagegen mit dem vollen Nennwert. Der hier vertretenen Auffassung entspricht nicht nur der Wortlaut des § 281 Abs. II, sondern auch sein Grundgedanke. Der Gläubiger soll nicht doppelt entschädigt werden. Was er durch die Ersatz-

[20] RGRKomm. Anm. 1 zu § 284.
[21] Siber-Planck zu § 281.

hergabe tatsächlich erhält, soll er nicht noch einmal als Schadensersatz fordern können. Nicht aber soll der Gläubiger durch das Verlangen der Ersatzhergabe das Risiko der Bonität des Drittschuldners übernehmen[22].

Aus dem Verhältnis des Anspruchs auf Ersatzherausgabe zum Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung folgt für das Wesen des Anspruchs auf Ersatzherausgabe, daß dieser nicht selbst ein Schadensersatzanspruch ist[23]. Er besteht unabhängig davon, ob die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch vorliegen, und sein Inhalt wird nicht dadurch berührt, welchen Schaden der Gläubiger dadurch erlitten hat[24]. Der Anspruch besteht sogar, wenn der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten hat[25]. Es handelt sich nur um einen rein auf dem Gedanken der Billigkeit beruhenden Ausgleichungsanspruch, der mit dem Gedanken des § 255 BGB., mit dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung, und auch mit dem Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verwandt ist. (Der Anspruch auf Ersatzherausgabe geht aber nicht ohne weiteres unter, wenn der Schuldner den erlangten Ersatz wieder verliert)[26]. Insoweit ist den eingehenden Ausführungen von Schulz[27] durchaus beizustimmen[28].

Der Grundgedanke des § 281 ist also der, daß dem Gläubiger, der den ihm geschuldeten Gegenstand wegen Unmöglichkeit der Leistung nicht erhalten kann, ein Anspruch auf dasjenige gewährt wird, was der Schuldner durch den die Unmöglichkeit der Leistung bewirkenden Umstand selbst als Ersatz empfangen hat, oder, um mit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 24. März 1928[29] zu sprechen, „daß Vermögenswerte, die gewissen Personen zugeflossen sind, denen sie nach den unterliegenden Wirtschaftsbeziehungen nicht gebühren, auf die in Wahrheit berechtigten Personen übertragen werden sollen".

Die häufigsten Fälle des § 281 BGB. sind die, in denen ein Dritter dem Schuldner den geschuldeten Gegenstand durch eine unerlaubte Handlung entzogen oder zerstört hat und dafür dem Schuldner Ersatz leistet oder schuldet.

Der Umstand, der die Unmöglichkeit bewirkt, kann also zugleich dem Vermögen des Schuldners einen Ersatz oder eine Ersatzforderung zuführen. Hauptfälle eines solchen Ersatzes

---

22 So auch Oertmann Bem. 5 zu § 281.
23 Unrichtig Segall a.a.O. S. 14, wonach der Anspruch auf Ersatzherausgabe ein „geminderter Schadensersatzanspruch" sein soll.
24 a. M. z. Teil ansch. Korsch S. 1—10.
25 RGZ. Bd. 111 S. 303; Oertmann a.a.O. II Bem. 7; Kress S. 427 Anm. 6.
26 Planck-Siber Bem. 3.
27 a.a.O. S. 1.
28 Anders die 8. Aufl. Staudingers, die in § 281 einen Anwendungsfall der Schadensersatzlehre sah.
29 RGZ. Bd. 120 S. 351.

sind· Versicherungsentschädigung, Enteignungssumme, Schadensersatz, den ein Dritter wegen einer schuldhaften oder doch zur Entschädigung verpflichtenden Handlung oder wegen einer Vertragsverletzung zu leisten hat. (Vertragsstrafe).

Zwischen dem Gegenstand, dessen Leistung unmöglich geworden ist, und demjenigen, für den der Ersatz erlangt ist, muß aber insofern Identität bestehen, als die eine Sache an die Stelle der anderen tritt[30]. Infolgedessen ist der § 281 BGB. nicht anwendbar, wenn der Gläubiger Anspruch auf den Gebrauch oder die Nutzung einer Sache hat (Mieter, Pächter), diese Sache dem Schuldner entzogen wird und der Schuldner einen Ersatzanspruch gegen einen Dritten erlangt. Denn der geschuldete Gegenstand ist der Gebrauch, die Nutzung, den Ersatzanspruch aber erlangt der Schuldner für die Sache. Die Meinungen hierüber gehen aber sehr auseinander[31].

Im übrigen hat der Gläubiger den Anspruch aus § 281 sowohl im Falle des § 276 BGB., als auch im Falle des § 280, d. h. auch dann, wenn ihm für die unmöglich gewordene Leistung der volle Schadensersatzanspruch zusteht; doch mindert sich nach Abs. 2 des § 281 im letzteren Falle die zu leistende Entschädigung um den Wert des tatsächlich erlangten Surrogats. Im übrigen setzt auch das BGB. wie das gemeine Recht voraus, daß der vom Schuldner erlangte Vermögensvorteil sich als Folge des Umstandes darstellt, der seine Leistung unmöglich macht[32].

Bei einseitigen Schuldverhältnissen kann der Gläubiger die Surrogate auch dann beanspruchen, wenn der Schuldner nach § 280 schadensersatzpflichtig ist. (Der Entw. I § 238 nahm in dieser Hinsicht noch den Standpunkt des gem. Rechts ein, indem er die Surrogation nur eintreten ließ, wenn der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung nach § 237 befreit war). Und zwar handelt es sich hier nicht um ein Wahlrecht des Gläubigers, um ein alternatives Schuldverhältnis, sondern der Gläubiger kann, wie aus Abs. 2 des § 281 hervorgeht, beide Rechte nebeneinander geltend machen. Die ihm zu leistende Entschädigung mindert sich dann natürlich um den Wert der erlangten Surrogate.

Bei zweiseitigen Obligationen trägt, soweit nicht eigenes Verschulden des Gläubigers vorliegt, der Schuldner stets die Gefahr, da er bei selbstverschuldeter Unmöglichkeit auf Schadensersatz haftet, bei zufälliger Unmöglichkeit aber befreit wird, dafür aber — anders als im gemeinen Recht — das Recht auf die Gegenleistung verliert. (§ 323 BGB.).

Die Anwendung auf gegenseitige Verträge regeln §§ 323 ff. BGB.

---

30 RG. in „Recht“ 1921 Nr. 2564.

31 S. über die verschiedenen Ansichten Oertmann Anm. 2 c zu § 281.

32 Vgl. Staudinger Vorbem. A II 2 zu §§ 275 ff.

Der Schuldner der zufällig unmöglich gewordenen Leistung behält den Anspruch auf die volle Gegenleistung, wenn der andere Vertragsteil von ihm nach § 281 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs verlangt und dieser Ersatz der ursprünglich geschuldeten Leistung gleichwertig ist.

Nach § 281 muß der Schuldner einer unmöglich gewordenen Leistung dem Gläubiger einen etwaigen Ersatz oder Ersatzanspruch, den er durch den die Unmöglichkeit bewirkenden Umstand erlangt hat, auf Verlangen herausgeben oder abtreten. Erlangt bei einem gegenseitigen Vertrage der Schuldner einen solchen Ersatz oder Ersatzanspruch und erlangt der Gläubiger die Herausgabe oder Abtretung, so behält der Schuldner nach § 323 Abs. II den Anspruch auf die Gegenleistung, den er an sich infolge der Unmöglichkeit verlieren würde. Das ist nur scheinbar eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 323 Abs. I, in Wirklichkeit aber ebenso wie Abs. 1 eine notwendige Folgerung aus der funktionellen Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung. Macht der Gläubiger von dem Recht des § 281 Gebrauch, so nimmt er das Surrogat an Stelle der ursprünglichen geschuldeten Leistung an. Folglich muß er auch die Gegenleistung gewähren.

Der Gläubiger muß die Gegenleistung voll bewirken, wenn der Wert des Ersatzanspruchs höher ist als die Gegenleistung oder gleich hoch. Insoweit jedoch der Wert des Ersatzanspruchs hinter der Gegenleistung zurückbleibt, mindert sich diese nach Maßgabe der §§ 472, 473 Abs. II S. 2 BGB.

Die Abtretung des Ersatzanspruchs unterliegt nach § 445 den allgemeinen Vorschriften über den Kauf. Der abtretende Schuldner haftet also, soweit er nicht besondere Gewährleistung übernimmt, nur für das Bestehen des Ersatzanspruchs, nicht für dessen Beitreibbarkeit. (§ 437, 438). Daraus ergibt sich, daß bei Übernahme der Ersatzforderung der Schuldner das Recht auf die Gegenleistung oder deren entsprechenden Teil nicht wieder verliert, wenn der Gläubiger es unterläßt, sie einzuziehen oder wenn sein Beitreibungsversuch erfolglos bleibt[33].

Grundsätzlich darf der Schuldner die Leistung nicht vor der bestimmten Zeit bewirken, der Gläubiger sie aber auch nicht fordern. Im Falle des § 201 ist es jedoch so, daß zwar der Schuldner nicht vor dem festgesetzten Zeitpunkt leisten, der Gläubiger die Leistung vorher aber fordern darf. Dieser Fall ist also die genaue Umkehrung der Regel des § 271 Abs. II BGB.

---

[33] Vgl. Staudinger Anm. III zu § 323.

§ 3. Die Unmöglichkeit als Voraussetzung des § 281 BGB.

Eine Voraussetzung für die Entstehung des durch § 281 BGB. festgesetzten Anspruchs auf Ersatzherausgabe ist, daß die Leistung des geschuldeten Gegenstandes unmöglich geworden ist[33a].

Für die vorliegende Arbeit ergibt sich die Frage: „Was ist grundsätzlich unter „Unmöglichkeit" zu verstehen und was versteht der § 281 BGB. darunter?

Dem Rahmen dieser Aufgabe entspricht eine Behandlung des Unmöglichkeitsbegriffes nur nach der grundsätzlichen Seite hin.

Unmöglich im eigentlichen Sinne ist eine Leistung, die überhaupt nicht bewirkt werden kann. Das Gesetz nennt aber eine Leistung, die nur vom Schuldner nicht gemacht werden kann, auch eine unmögliche Leistung und zwar eine subjektiv unmögliche, im Gegensatz zur objektiven Unmöglichkeit, d. h. der Unmöglichkeit im wahren Sinne des Wortes.

Genauer wird die subjektiv unmögliche Leistung jedoch als Unvermögen bezeichnet, wie auch die Römer nur von causa difficultatis sprachen[34].

Eine Leistung ist entweder eine ursprünglich unmögliche (d. h. bei Vertragsschluß) oder eine nachträglich unmögliche (d. h. wenn sie nach Vertragsschluß eintritt).

Aus dem Wortlaut des § 281 BGB., der von einem Umstand spricht, der die Leistung unmöglich m a c h t, ist zu schließen, daß dieser Paragraph sich ausschließlich auf die nachträgliche Unmöglichkeit bezieht. Bei von Anfang an bestehender, also ursprünglicher Unmöglichkeit der Leistung werden die rechtlichen Beziehungen der Parteien ausschließlich durch die §§ 306, 307 BGB. geregelt[35]. Dann ist der Vertrag entweder nichtig und der Gläubiger erwirbt überhaupt

---

[33a] Stoll a.a.O. S. 30 ff. hält aus Gründen der Gesetzes- und Rechtsprechungsvereinfachung unter Berücksichtigung des zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden Treueverhältnisses (vgl. § 8 dieser Arbeit) de lege ferenda die Unmöglichkeit als Haftungsgrund für völlig entbehrlich. „Entscheidend ist die Tatsache, daß dem Gläubiger die ihm geschuldete Leistung nicht in der gebührenden Weise erbracht wird, und es kommt darauf an, ob der Schuldner dafür einzustehen hat oder nicht. Völlig gleichgültig ist es dagegen, ob die Nichterfüllung auf Unmöglichkeit, Verzug oder positiver Vertragsverletzung beruht". Dementsprechend wird folgende Neufassung des § 281 BGB. vorgeschlagen (Entw. § 10 S. 67, 132 a.a.O.) Ersatzherausgabe. „Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, der die Erfüllung vereitelt oder beeinträchtigt, einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen, muß sie sich aber auf seinen etwaigen Ersatzanspruch anrechnen lassen".

[34] L. 137 §§ 4, 5 und 5 D V. O. 41, 1. Vgl. auch Kleineidam S. 4 ff.; Enneccerus-Lehmann § 29 Ia (II. Bd. 11. Bearb.).

[35] Ebenso Planck-Siber Bem. 10 und 3 c zu § 306; Schollmeyer Bem. 2 b zu § 281; Kisch, Nachträgl. eingetre. Unmöglichkeit b. Vertr. A. M. Cosack I S. 333, c und Harff S. 110, die die Vorschrift des § 281 auch auf eine von Anfang an vorhandene subj. Unmöglichkeit für anwendbar erklären.

keinen Anspruch oder der Schuldner haftet auf das negative Interesse[36].

Bei der nachträglichen Unmöglichkeit behandelt das Gesetz die Fälle der eigentlichen Unmöglichkeit und des Unvermögens gleich. Für die Anwendbarkeit des § 281 BGB. ist das Vorliegen der einen oder anderen daher gleichgültig. Das folgt aus § 275 Abs. II BGB., weil eben nur die nachträgliche Unmöglichkeit schlechthin in Betracht kommt.

Wie oben schon gesagt, ist für die Frage, ob ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit vorliegt, die Zeit des Vertragsabschlusses maßgebend. Für frist- und bedingungslos abgeschlossene Verträge bietet die Abgrenzung keine Schwierigkeit.

Daß aber auch bei einem befristeten Vertrag Unmöglichkeit auch dann eine nachträgliche ist, wenn zur Zeit des Vertragsabschlusses die Leistung noch möglich ist, sie aber vor dem Eintritt der Befristung unmöglich wird und daß dasselbe der Fall ist, wenn in einem von einer aufschiebenden Bedingung abhängigen Schuldverhältnisse die Leistung vor dem Eintritte der Bedingung unmöglich geworden ist, ergibt sich daraus, daß von der Grundregel, wonach der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend ist, eine abweichende Regelung nicht getroffen worden ist. Auch das Verhältnis der Regel des § 305 BGB. zu der Ausnahme des § 308 BGB. für befristete oder bedingte Verträge beweist die Richtigkeit dieser Auffassung; denn das Wort „gerichtet" im § 306 BGB. kann nur auf eine Leistung angewendet werden, die zu diesem Zeitpunkt schon unmöglich ist und die besonders aufgeführte Ausnahme des § 308 BGB. wäre unnötig, wenn der Gesetzgeber anderer Auffassung gewesen wäre. Ebenso enthält § 160 die folgerichtige Durchführung des Gedankens, daß der Schuldner für nachträgliche d. h. nach Vertragsschluß eintretende („Schwebezeit") verschuldete Unmöglichkeit einzustehen hat[37].

Wie es keinen Unterschied macht, ob vollständige oder teilweise Unmöglichkeit vorliegt, ist es auch gleichgültig, ob die Unmöglichkeit durch den Schuldner zu vertreten ist oder nicht[38]. Der Anspruch auf die Herausgabe oder Abtretung besteht ohne Rücksicht hierauf lediglich auf Grund des ursprünglichen Schuldverhältnisses, also selbst dann, wenn der

---

36 So Planck 5; Schollmeyer 2 b; Oertmann 3; Fischer-Henle 1, Staudinger 1 zu § 281; Dernburg S. 132 Anm. 7. A. A. Cosack I S. 332, 20; hiergegen Kleineidam a.a.O. S. 43 f.

37 Schollmeyer (Bem. 2 b zu § 275) vertritt die entgegengesetzte Ansicht und kommt zu dem unverständlichen Ergebnis, daß der bedingt Verpflichtete einer strengeren Haftung unterliegt als der unbedingt Verpflichtete. Vgl. dazu Planck-Siber Vorb. III b vor § 275 ff. S. 199; Enneccerus Bd. I, 2 § 268, 1 Anm. 1; Kisch S. 27 ff.

38 RG. in LZ. 1918 Sp. 1137.

Gläubiger die nachträgliche Unmöglichkeit verschuldet oder zu vertreten hat; denn der Ersatz tritt an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung und dient zur Verhinderung einer ungerechtfertigten Bereicherung des Schuldners[39].

Die einmal entstandene Verbindlichkeit des Schuldners zur Ersatzleistung unterliegt den gleichen Grundsätzen wie die durch Unmöglichkeit erloschene. Nur der zu leistende Gegenstand ist ein anderer geworden[40].

Falls die Unmöglichkeit der Leistung rein zufällig ist, d.h. weder die Folge eines vom Gläubiger zu vertretenden Umstandes, beschränkt sich das Recht des Gläubigers auf den durch § 281 BGB. gewährleisteten Anspruch. Mit der Vollziehung der Ersatzleistung löst sich also bei der zufälligen Unmöglichkeit das Vertragsverhältnis auf.

Halpern[41] bezeichnet § 281 BGB. als Notbehelf, Kisch[42] als Anomalie und exceptionelle Vorschrift[43] und Seefried[44] als eine von einer durch besondere Umstände bedingte Ausnahmebestimmung und Aushilfsmittel, weil sie davon ausgehen, daß die Unmöglichkeit das Schuldverhältnis vernichtet. Diese Auffassung ist jedoch irrig. Es verhält sich doch so, daß das Schuldverhältnis bei nachträglich eintretender Unmöglichkeit bestehen bleibt. Es äußert nur seine Wirkung fortan nach anderer Richtung oder vermag sie wenigstens zu äußern. Denn unter den Umständen des § 281 BGB., nach welchen der Schuldner zu der dort vorgesehenen Ersatzleistung gegebenenfalls selbst dann verpflichtet ist, wenn er die nachträgliche Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, kann als Verpflichtungsgrund nichts anderes gedacht werden als das ursprüngliche Schuldverhältnis.

§ 4. Begriff des Ersatzes im Sinne des § 281 BGB.

Die weitere Untersuchung hat sich auf die Frage zu erstrecken, was „Ersatz" im Sinne von § 281 bedeutet.

Von einem Ersatz kann man nur sprechen, wenn etwas fehlendes ausgefüllt wird, was früher vorhanden war, jetzt aber fehlt. Ein Gegenstand ersetzt also einen anderen, wenn dieser an dessen Stelle tritt und wenn er dessen wirtschaftliche Aufgaben zu erfüllen vermag[45]. Römer[46] definiert mit Recht den Ersatz als einen zum Zwecke des Ausgleichs der Vermögensminderung geschehenen Neueintritt oder vorgenommenen

---

[39] RG. in Warn. 1918 Nr. 160; RGZ. Bd. 111 S. 303.
[40] Kisch S. 210—213.
[41] a.a.O. S. 551.
[42] In Grünh. Z. 29 S. 318.
[43] In KritVJ.Schr. 44 S. 524.
[44] a.a.O. Bem. zu § 275.
[45] Vgl. Kisch a.a.O. S. 198 ff.
[46] a.a.O. S. 311.

Erwerb eines Gegenstandes, der fähig ist, den ausgeschiedenen Gegenstand zu ersetzen. Der Ersatzbegriff hat also zwei Merkmale: einerseits die Minderung eines Vermögens durch Entziehung eines bestimmten Wertes, andererseits die wenigstens teilweise Ausfüllung dieser Lücke durch einen neuen Wert. Durch den Ersatz wird also der untergegangene Vermögenswert ausgeglichen[47]. Dabei braucht dieser Ersatz aber nicht dem objektiven Wert angepaßt sein, er wird vielmehr durch zufällige Interessen und Bedürfnisse bestimmt. Diese Auslegung findet eine Stütze nicht nur in der Wortbedeutung, sondern auch in der Natur der Sache und in den Wirtschaftsvorgängen.

Zu beachten ist, daß das Gesetz zwischen Ersatz und Äquivalent unterscheidet. Dies folgt aus § 818 BGB., wo das „auf Grund des erlangten Rechts Erworbene" und der „Ersatz für die Zerstörung. . ." einander gegenübergestellt werden. Ersatz und Äquivalent unterscheiden sich auch deutlich voneinander: Ersterer füllt eine eingetretene Vermögenslücke aus, letzterer läßt überhaupt keine entstehen.

Seinem Begriff nach ist der Ersatz notwendig auf einen anderen als den zu ersetzenden Gegenstand gerichtet.

Wenn § 281 BGB. von einem Ersatz des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes spricht, so wird hierbei in der Regel an Trümmer und Reste der geschuldeten Leistung oder an Ersatzansprüche gegen Dritte oder Versicherungsansprüche zu denken sein[48].

Der Ersatz ist herauszugeben, sei es in Natur oder, falls es sich um Geld oder vertretbare Sachen handelt und die Herausgabe in Natur wegen Vermischung nicht möglich ist, durch Ersatz des Wertes entsprechend § 818 Abs. II BGB. Der Ersatzanspruch gegen einen Dritten ist abzutreten.

Es findet sonach nicht, wie in anderen Fällen nach BGB. (§§ 1247, 1370, 1381, 1382, 1440, 1646 u.a.) ein unmittelbarer dinglicher Eintritt des vom Schuldner Erlangten in das Vermögen des Gläubigers (dingliche Surrogation) statt, sondern es wird nur ein schuldrechtlicher Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner auf Herausgabe bzw. Abtretung begründet[49].

Nur der für den nämlichen Gegenstand erlangte Ersatz ist herauszugeben, also nicht, was für den Gegenstand erlangt wird, aus dem erst der dem Gläubiger zu liefernde Gegenstand hätte hergestellt werden sollen oder aus dem der zu liefernde Gegenstand hergestellt wurde[50].

---

[47] Vgl. Kisch S. 198; Mayr a.a.O. S. 7.
[48] RGRKomm. § 281, 1. Vgl. Heck § 34 Nr. 3.
[49] RGRKomm. Anm. 1 zu § 281; RGZ. Bd. 94 S. 23, Bd. 105, S. 87; JW. 1919 S. 186, 7.
[50] RGZ. Bd. 92 S. 369; 372; RG. in LZ. 1920 Sp. 434.

Denn ursprünglich muß die Leistung eines Gegenstandes geschuldet sein. Gegenstand ist entweder eine Sache, eine Energie oder ein sonstiges Recht; Handlungen oder gar Unterlassungen sind keine Gegenstände. § 281 BGB. ist folglich auch auf die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes nicht anwendbar[51].

Nach Schulz[52] bildet jedes obligatorische Recht eine geeignete Grundlage für die Anwendung des § 281 BGB. Er wendet diesen Paragraphen also nicht nur auf die Fälle an, in denen die Leistung von Sachen oder Rechten geschuldet wird, sondern auch auf Fälle, in denen ein bloßes Tun (facere) den Gegenstand der Leistung bildet. Daher soll nach ihm sogar die Bestimmung des § 616 BGB., wonach der Dienstverpflichtete zur Anrechnung der bei zufälliger Verhinderung zur Dienstleistung bezogenen gesetzlichen Krankenunterstützung verpflichtet ist, nur ein Ausfluß des (§ 323 oder) § 281 BGB. sein, sodaß der Dienstverpflichtete nicht nur zur Anrechnung, sondern auch zur Herausgabe dieser Unterstützung verpflichtet wäre, und zwar nicht nur zur Herausgabe gesetzlicher, sondern auch freiwilliger Versicherungsleistungen, die er während der Verhinderung bezieht, ja überhaupt aller etwaigen Einnahmen, die ihm während der fraglichen Zeit zufallen[53]. Schulz trägt sodann keine Bedenken, den § 281 BGB. auch auf Schuldverhältnisse auszudehnen, die ein bloßes Unterlassen betreffen.

Schon bevor für den Gläubiger ein unmittelbarer Anspruch auf die Ersatzleistung entstanden ist, ist der Schuldner verpflichtet, den eventuellen Anspruch des Gläubigers auf Ersatzherausgabe nicht durch Außerachtlassung der Sorgfalt zu gefährden, zu der der Schuldner auf Grund des ursprünglichen Schuldverhältnisses verbunden war. Für Verletzung dieser Pflicht haftet der Schuldner dem Gläubiger. Denn nach dem Grundgedanken des § 281 BGB. darf der Schuldner, wenn die Leistung ihm unmöglich wird, die Erlangung eines möglichst vollständigen Ersatzes durch den Gläubiger nicht vereiteln[54].

Um die Rechtsfolgen des § 281 BGB. eintreten zu lassen, muß nun die Leistung eines geschuldeten Gegenstandes unmöglich und es muß ein Ersatz auf Grund des Umstandes erworben sein, der die Unmöglichkeit herbeiführte.

Das BGB. setzt ebenso wie das gemeine Recht voraus, daß der vom Schuldner erlangte Vermögensvorteil sich als eine Folge des Umstandes darstellt, der seine Leistung unmöglich macht.

---

[51] RGZ. Bd. 97 S. 87.
[52] a.a.O. S. 1.
[53] a.a.O. S. 8—9.
[54] Vgl. Staudinger Bem. II, 1 zu § 281; OLG. Karlsruhe in LZ. 1917 Sp. 1099.

Es ist eine Rechtsfolge dieses Umstandes, nicht notwendig eine Rechtswirkung. Der schädigende Umstand braucht nicht die rechtliche Grundlage im eigentlichen Sinne, sondern nur eine Voraussetzung des Ersatzanspruches zu sein. Der Ersatz soll den geschuldeten Gegenstand vertreten. § 281 BGB. ist deshalb nicht anzuwenden auf Vermögensvorteile des Schuldners, welche zwar an den Eintritt des schädigenden Ereignisses geknüpft sind, aber nicht einen Ausgleich für den entzogenen Vermögenswert bilden sollen[55].

Keineswegs ist aber Voraussetzung, daß der Ersatz oder Ersatzanspruch unmittelbar durch das nämliche Ereignis und lediglich durch dieses erlangt ist, das die Leistung unmöglich gemacht hat. Vielmehr ist — wie bei der Vorteilsausgleichung — nur erforderlich, daß die Unmöglichkeit als Folge die Ersatzleistung nach sich zieht, wobei es unbeachtlich ist, ob ohne das Hinzutreten anderer Umstände[56] die Ersatzleistung nicht zur Entstehung gelangt sein würde.

Infolge des Umstandes, der die Leistung unmöglich macht, muß der Schuldner für den geschuldeten Gegenstand Ersatz oder Anspruch auf Ersatz erlangen. Zwischen dem Umstand, der die Leistung unmöglich macht und der Erlangung des Ersatzes oder Ersatzanspruches muß also ursächlicher Zusammenhang bestehen[57]. Es wird aber nicht verlangt[58], daß dieser Umstand die ausschließliche Ursache des Ersatzanspruches gegen einen Dritten wegen Zerstörung der Sache ist. Auch die Fälle, in denen der Schuldner einen Ersatz aus einem Versicherungsvertrag erlangt, gehören hierher[59]. Allerdings hat der Gläubiger nach strengem Recht keinen Anspruch auf die Versicherungsgelder, wenn die geschuldete Sache vor dem Kontraktschluß (falls nach Vertragsschluß versichert wird, dann cessio aus negotiorum gestio) vom Schuldner versichert war und nach Begründung der Obligation kasuell untergeht[60]; denn der Untergang der Sache bildet zwar die Bedingung, aber nicht den Grund für die Entstehung des Versicherungsanspruches. Dieser Anspruch muß dem Gläubiger aber mit Rücksicht auf die eigenartige, an der Sache haftende Natur des Versicherungsanspruches und auf die Bestimmungen über die Versicherungen zugebilligt werden[61].

Der Ersatz muß durch den Schuldner erworben sein. Es genügt nicht, wenn er durch einen Dritten erlangt wird. Der Ersatz muß von einem Dritten auf Grund einer rechtlichen

---

55 Vgl. Kisch S. 198.
56 z. B. Zahlung der Versicherungsprämien.
57 RGZ. Bd. 102, S. 203.
58 Vgl. Kleineidam S. 116.
59 Vgl. Staudinger Bem. 1 2 zu § 281; ebenso RGZ. Bd. 89, S. 38, RG. in „Recht" 1907 Nr. 17; anders bei der Vorteilsausgleichung.
60 Vgl. Dernburg Bd. II § 68, Anm. 4.
61 So Mommsen, a.a.O. S. 118 ff.

Verbindlichkeit erworben sein. Diese muß entweder schon früher begründet und durch den Untergang der Sache fällig geworden sein oder ihre Entstehung aus dem Untergang herleiten. Entschädigt der Dritte den Schuldner aus freien Stücken, d.h. ohne Verpflichtung dazu, braucht das Erlangte nicht herausgegeben zu werden[62].

Weiter ist zu untersuchen, ob der § 281 BGB. vorschreibt, das lucrum ex re und das lucrum ex negotiatione an den Gläubiger herauszugeben oder ob das lucrum ex negotiatione im Vermögen des Schuldners verbleibt. Dabei ist unter lucrum das stellvertretende commodum des römischen Rechts, der Ersatzvorteil zu verstehen, d.h. diejenige Vermögensgröße, die in das Vermögen des Schuldners durch dasselbe Ereignis tritt, das die Leistung des geschuldeten Gegenstandes verhindert[63]. Die Unterscheidung ist deshalb von Bedeutung, weil der Gesetzgeber in den Fällen der Surrogation offen läßt, ob nur das commodum ex re (was in allen Fällen unbestritten ist) oder auch das commodum ex negotiatione gemeint ist.

Die Einteilung in commodum ex re und commodum ex negotiatione rührt von Paulus her[64]. Ersteres ist der durch die Sache selbst hervorgebrachte, letzteres der durch rechtsgeschäftliches Eingreifen zum Entstehen gelangte Ersatzvorteil. Die Frage, wann das eine oder andere Merkmal vorliegt, erklärt das RG.[65] dahin, daß letzteres vorliegt, wenn der Schuldner freiwillig, wenn er durch Aufsuchen und Ergreifen der günstigen Gelegenheit, durch eigenes Zutun, durch persönliche Tüchtigkeit den Erlös erzielt hat[66]. Römer[67] wendet hiergegen ein, hierdurch würden die bei dem Schuldner vorhandenen Motive, die aber nicht maßgebend sein könnten, für die Beurteilung zugrunde gelegt; außerdem sei dies Unterscheidungsmerkmal zu unbestimmt für eine scharfe Grenzziehung. Wie das Beispiel der Natur einer Enteignungssumme

---

62 Schollmeyer § 281, 2c; Kleineidam a.a.O. S. 116.
63 Simon a.a.O. S. 1.
64 1, 21 D 18, 4.
65 RGZ. Bd. 91 S. 260.
66 Ähnlich Starke S. 562; Landger. Greiz in JW. 1916 S. 345.
67 a.a.O. S. 329.
68 Über diese Frage ist besonders gestritten worden im Anschluß an die Kriegsbeschlagnahme mit nachfolgender Enteignung. Durch die Beschlagnahme einer Sache wird der Schuldner in seiner Verfügung beschränkt, wodurch seine Leistung i.S. des § 275 BGB. unmöglich wird und ihn befreit. Durch die der Beschlagnahme folgende Enteignung wird die Sache in das Eigentum des Staates überführt. Praxis und herrsch. Meinung (Werneburg in LZ. 16, 1086; Starke in JW. 1915 S. 562) sprachen dem Gläubiger unbedenklich die Entschädigung dafür bzw. den Anspruch darauf zu. Diese Entschädigung bezeichnet man mit Recht als lucrum ex re. Die Ansicht Korsch's (a.a.O. S. 2), es handle sich deshalb um ein lucrum ex negotio, weil der Schuldner die Höhe der Entschädigung beeinflussen könne, ist aus dem Grunde abzulehnen, weil der Staat einseitig kraft seines Hoheitsrechtes über die beschlagnahmte Sache verfügt.

zeigt[68], ist Römer hierin Recht zu geben. Mit Simon[69] ist die Grenze beider lucra durch folgende Definition zu ziehen: Wenn sich zwei Willenserklärungen gleichberechtigter Gegner gegenüber stehen, so ist die von ihnen getroffene Vereinbarung ein negotium und der Erlös, der dem Schuldner aus einem solchen Rechtsgeschäft für den dem Gläubiger geschuldeten Gegenstand zuteil wird, ist ein lucrum ex negotiatione. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, (z. B. bei dem in Anm. [68] geschilderten Falle), so ist der Ersatz ein lucrum ex re.

Das gemeine Recht bestimmt: Bei freiwilliger Veräußerung der geschuldeten Sache durch den Schuldner steht dem Gläubiger ein Recht auf das Surrogat dem Prinzip entsprechend meistens nicht zu, weil der Schuldner diesen Umstand regelmäßig zu vertreten haben wird. Wo aber ausnahmsweise der Schuldner nicht haftet, wird auch hier dem Gläubiger ein Recht auf das Surrogat, auf Herausgabe des erlangten Kaufpreises bzw. auf Zession der actio venditi zugestanden[70].

Das gemeine Recht versagte dem Gläubiger gerade das sog. lucrum ex negotio perceptum[71]. Die Materialien des BGB. erwähnen nirgends als Beispiel eines Ersatzes die durch Rechtsgeschäft erzielte Gegenleistung.

Es ist daher bestritten, ob unter das vom Schuldner an den Gläubiger Herauszugebende auch ein vom Schuldner für die Veräußerung (Kaufgelder und Ansprüche darauf, eingetauschte Stücke) des geschuldeten Gegenstandes erzielter Gegenwert fällt. Beifallswert ist die bejahende Ansicht[72]. Wenn die Veräußerung des geschuldeten Gegenstandes die Leistung an den Gläubiger unmöglich macht, so ist der durch diese Veräußerung erlangte Gegenwert durch eben den Umstand erlangt, der die Leistung unmöglich gemacht hat. Denn, wenn der Schuldner die Sache freiwillig anderweitig verkauft hat, so ist das auch ein „Umstand", der die Unmöglichkeit herbeigeführt hat[73]. Es müßte auch befremden, wenn der Schuldner zwar die Enteignungsentschädigung herausgeben müßte, nicht aber den Verkaufserlös, wenn er freiwillig verkauft hat. Unzweifelhaft besteht zwischen dem Verkauf, der die Leistung an den Gläubiger unmöglich gemacht hat, und der Erzielung des Verkaufserlöses ein adäquater Zusammenhang[74].

---

69 a.a.O. S. 2.

70 l. 1 § 47; l. 2; depos. 16, 3.

71 Das galt freilich zunächst nur für das sog. akzessorische commodum (Vgl. I 21 D (18, 4)).

72 Dafür Dernburg II § 62 IV; Enneccerus § 269 B. 9; Kipp zu Windscheid a.a.O. Siber bei Planck Z. 2c. Schollmeyer Nr. 2b, 5e; Warn. bei a, 8; Schulz S. 121; Seefried, S. 50; Titze S. 117; Dagegen bes. Kisch S. 199; Goldmann-Lilienthal S. 337; Planck 3. Aufl. S. 13; Starke JW. a.a.O.

73 RGRKomm. Anm. 1 zu § 281; RGZ. Bd. 100 S. 89.

74 Vgl. Staudinger Vorbem. A II 2 zu §§ 275 ff.

Allerdings ist aus dem Wortlaut des § 281 BGB. nichts für unsere Frage zu entnehmen, ebensowenig wie aus einer vergleichenden Heranziehung der Gesetzesstellen, in denen von dem Ersatz einer Sache oder eines Gegenstandes die Rede ist. In diesen wird das rechtsgeschäftliche Surrogat teils ausdrücklich dem Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung einer Sache gleichgestellt, (§§ 1370, 1473, 1524, 1638), teils absichtlich zugelassen, wie in § 818 BGB. Daß der rechtsgeschäftliche Erlös, wirtschaftlich gesehen, ein Ersatz des Kaufgegenstandes ist, ist oben gesagt worden[75]. Es entspricht auch dem allgemeinen Grundgedanken des § 281 BGB., den Erlös als Ersatz der veräußerten Sache anzusehen[76]. Der § 281 ist eine Bestimmung, die die Interessen des Gläubigers schützen will. Dieser soll bei Unmöglichkeit der Leistung zum Ausgleich den Anspruch auf einen in das Schuldnervermögen gelangten Ersatz erhalten. Weshalb dieser Ersatz nicht auch der durch Veräußerung der geschuldeten Sache erzielte Erlös sein kann, ist nicht ersichtlich. Wenn der Schuldner die Sache geben muß, so kann es ihm auch zugemutet werden, daß er den Erlös herausgibt.

Für die Verneinung der Frage wird hauptsächlich angeführt: Beruhe die Unmöglichkeit auf einem Rechtsgeschäft des Schuldners mit einer dritten Person, so sei die Gegenleistung des letzteren kein Ersatz. Die umgekehrte Auffassung[77] dürfte keine Billigung finden. Sie beruhe auf einer Verkennung des Ersatzbegriffes. Der auf Erlangung einer Gegenleistung gerichtete Vertrag sei kein schadenbringendes Ereignis. Er bewirke nicht in erster Linie eine Vermögensminderung, deren Ausgleich erst in zweiter Linie durch die Gegenleistung zu erfolgen hätte. Verlust und Erwerb liefen hier nebeneinander. Auch handele es sich in dem Falle des rechtsgeschäftlichen Erlöses nicht um ein Surrogat der Sache, nicht um ein lucrum ex re, sondern um ein lucrum ex negotiatione oder ex persona, um einen Gewinn, der durch eine auf eigene Gefahr unternommene persönliche Handlung des Schuldners vermittelt worden ist; der zweite Verkauf gehe ausschließlich auf Risiko des Schuldners, der sich dadurch der Haftung aus seinem Schuldverhältnisse dem ersten Gläubiger nicht entziehen könne. Der Anspruch des Schuldners auf den Kaufpreis werde schon durch den zweiten Verkauf begründet, während erst die Übertragung die Unmöglichkeit der Leistung an den ersten Gläubiger herbeiführe[78].

[75] So auch Enneccerus-Lehmann § 46 III.

[76] Schulz a.a.O. S. 10; Windscheid-Kipp, Lehrb. § 64, 4; vgl. Heck § 34 Nr. 7.

[77] u. a. Dernburg S. 134 IV; Schollmeyer 2b; Oertmann § 281 2c.

[78] So in Anlehnung an gemeinrechtl. Gedankengänge Kisch S. 198 ff.; Titze Krit V J Schr. Bd. 45 S. 380; Planck 3. Aufl. zu § 281; Kuhlenbeck, Bd. II S. 96; Becker JW. 1914 S. 1114; OLG. Hamburg in „Recht" 1917 Nr. 768; Walsmann a.a.O.

Man hat eingewandt, der Ersatz, der in dem rechtsgeschäftlichen Erlös besteht, habe seinen Ursprung in dem Kaufvertrag, während die Unmöglichkeit der Leisung die Folge der Übereignung, also des dinglichen Erfüllungsgeschäftes sei[79]. Es fehle also das Erfordernis der einheitlichen Verursachung von Ersatz und Unmöglichkeit der Leistung, wie es § 281 BGB. verlange[80]. Dieser Einwand verkennt jedoch völlig, daß technisch-juristische Unterscheidungen, wie die vom Kausal- und Erfüllungsgeschäft hier nicht ausschlaggebend sein können. Es kommt für die Anwendung des § 281 BGB. nicht darauf an, daß, wirtschaftlich gesehen, die Unmöglichkeit der Leistung und das Erlangen eines Ersatzes die Folge eines und desselben Umstandes sind. Dieser Umstand ist die kaufweise Veräußerung der Sache, das, was der Sprachgebrauch des täglichen Lebens unter einem Verkauf versteht. Der vom § 281 verlangte Kausalzusammenhang ist also gegeben[81].

Für die Beantwortung der Frage ist allein entscheidend, der ursächliche Zusammenhang. Und dieser liegt vor. Zwar ist richtig, daß die Unmöglichkeit der Leistung durch das dingliche Erfüllungsgeschäft bewirkt wird; aber dieses wird durch den Kaufvertrag (adäquat) verursacht[82]. Folglich erlangt der Schuldner, der den Schuldgegenstand veräußert, eben durch denselben Umstand, der mittelbar die Unmöglichkeit der Leistung bewirkt, den Kaufpreis als Ersatz. Deshalb muß er diesen Ersatz an den Gläubiger herausgeben. Das gegenteilige Ergebnis wäre auch unbillig. Der Gesichtspunkt, daß es hier an der Identität des die Leistung unmöglich machenden und des den Ersatzanspruch begründenden Umstandes fehle, ist zu engherzig und auch nicht richtig, indem beides in durchaus adäquatem Zusammenhang steht. Die Veräußerung hat ganz normalerweise die Übereignung an den Dritterwerber zur Folge. Der Hinweis auf das römische Recht (commoda ex negotio) ist nicht durchschlagend, da die Frage eben die ist, ob das BGB. dabei stehen geblieben ist, ebensowenig die Regelung beim Bereicherungsanspruch des § 818

---

79 Die frühere Aufl. Staudingers; im Ergebnis auch Kisch S. 198 ff.; Titze Krit.V.J.Schr. 45 S. 380; Planck 3. Aufl. zu § 281; Kuhlenbeck S. 96; Becher JW. 1914 S. 1114; OLG. Hamburg in „Recht" 1917 Nr. 786; Walsmann JW. 1926, S. 1244.

80 Becher JW. 1914, S. 1144; Titze KritV.J.Schr. Bd. 45, S. 380.

81 Staudinger § 281 I 2; Enneccerus-Lehmann § 46 II.

82 Planck-Siber Bem. 2 c fordert nicht einmal adäquaten Kausalzusammenhang. So wohl heute d. herrsch. M.: Enneccerus, Lehrb. I, 2 § 269 A. 7; Schollmeyer 2. c. zu § 281, Dernburg II § 62 IV; Schulz S. 10 ff.; Planck-Siber B. 2 c; RGZ. 91, 260; 92, 369; Loewenwarter JW. 1915 S. 111; Kluckhohn a.a.O.; Lehmann JW. 1916 S. 38 ff.; Oertmann LZ. 1915 Sp. 793; nunmehr auch Oertmann 5. Aufl. b 2 d; RGZ. 105, 84; 115, 31; dazu Werner a.a.O.

BGB., die im entscheidenden Punkte wegen Abs. 2 besonders geartet ist.

Bendix[83] ist der Ansicht, daß bei einer Individualleistung nicht das rechtsgeschäftliche Entgelt für den vereinbarten Schuldgegenstand herauszugeben sei, sondern der durch einen anderweitigen Verkauf oder Tausch oder ein sonstiges Umsatzgeschäft erlangte Gegenwert, also das lucrum ex negotiatione[84]. Er begründet seinen Standpunkt damit, daß er sagt, es stehe hier nicht ein reiner Wertersatz in Frage. Ferner sei zu bedenken, daß die Unmöglichkeit der Leistung nicht Entstehungsursache des neuen Anspruchs sei, sondern daß das Rechtsgeschäft den Anspruch auslöse[85]. Auch könne der Parteiwille nach vernünftiger Deutung nicht eine solche willkürliche Weiterveräußerung des Schuldgegenstandes schon bei der Leistungszusage berücksichtigt haben.

Ohne Begründung verneint Kohler[86] die Anwendbarkeit des § 281 auf das durch Rechtsgeschäft erlangte Entgelt[87]. Kluckhohn[88] und Loewenwarter[89] wollen § 281 BGB. nur anwenden, wenn sich der Wechsel der Werte ohne ein Eingreifen oder wenigstens ohne ein freiwilliges Handeln des Schuldners vollzieht[90]. Kisch[91] verneint die Anwendbarkeit, weil der Ersatz einen zuvor eingetretenen Schaden voraussetze und eine Vermögenslücke ausfülle; das rechtsgeschäftliche Äquivalent lasse gar keine Vermögenslücke entstehen[92]. Daraus folgert er: beruht die Unmöglichkeit auf einem Rechtsgeschäft des Schuldners mit einem Dritten, so ist die Gegenleistung des letzteren kein Ersatz. Er bekämpft damit die Ansicht von Schollmeyer[93], Dernburg[94] und Oertmann[95].

Auch Kuhlenbeck[96], v. Ihering[97] und Windscheid[98] geben nur für lucrum ex re den Anspruch, nicht für lucrum ex negotio.

---

[83] a.a.O. S. 18.

[84] Ebenso 1, 21 D. 10, 4: si eundem hominem tibi vendidero et necdum traditio eo alii quoquecendidero pretiumque accepero, mortuo eo, videamus, ne nihil tibi debeam ex emto, quoniam moram in trandendo nin feci; pretium enim homines venditi non ex re, sed propter negotiationem precipitur; et sic fit, quasi alii non vendidusem; tibi enim rem debebam, non actionem.

[85] Selbstverständlich könne die Weiterveräußerung u. U. einen Schadensersatzanspruch des Gläubigers auslösen.

[86] a.a.O. § 28 II.

[87] Ebenso Matthiass a.a.O. § 84; Lemberg a.a.O. S. 101; Wassermann JW. 1915 S. 71; Becker JW. 1915, S. 182.

[88] JW. 1915 S. 1222.

[89] JW. 1915 S. 111.

[90] Ebenso Starke JW. 1915 S. 561; Korsch a.a.O. S. 1 ff. und 13.

[91] S. 198 a.a.O.

[92] Vgl. Römer a.a.O. S. 293.

[93] Anm. 2 b.

[94] a.a.O. S. 134 IV.

[95] Zu § 281 Bem. 2 c.

[96] a.a.O. S. 96.

[97] Abhandlungen.

[98] Pandekten II § 327 Anm. 9.

Zwischen den Vertretern der Ansicht, der § 281 finde auch auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb Anwendung, und denen, der § 281 beziehe sich nur auf das lucrum ex re, nimmt Krückmann[99] als Hauptvertreter neben einigen anderen eine Mittelstellung ein.

Ausgangspunkt der Krückmannschen Lehre ist die Erwägung, daß es grundsätzlich ohne Bedeutung ist, ob der Schuldner die Unmöglichkeit zu verantworten habe oder nicht. Der Gläubiger habe immer den Anspruch aus § 281, bald ohne, bald mit begleitendem Entschädigungsanspruch.

Ausgehend von diesem Grundsatz wirft Krückmann die Frage nach dem Verschulden bei Erlangung eines lucrum ex negotiatione durch den Schuldner auf. Er stützt sich dabei auf einen Analogieschluß aus § 687 BGB. Er unterscheidet, ob der Schuldner vorsätzlich bei der zweiten Veräußerung handelt oder nicht. Falls dieser Vorsatz bejaht wird, hat der Schuldner alles an den Gläubiger herauszugeben, falls kein Vorsatz vorliegt, gebührt der Erlös dem Schuldner. Bei Fahrlässigkeit habe er das Erlangte nur insoweit herauszugeben, als nicht ein außergewöhnlicher Gewinn vorliege, sodaß sich folgender Grundsatz ergebe: „An sich fällt der erlangte Gegenwert für die geschuldete Sache immer unter § 281. Der infolge besonders günstiger Bedingungen erzielte Mehrgewinn fällt nur dann unter § 281 BGB., wenn — in Analogie mit § 687 BGB. — der Schuldner von der älteren Verbindlichkeit Kenntnis hatte.

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt Leonhard[100] aus dem Gesichtspunkt, daß ein bösgläubiger Schuldner, der mit einer geschuldeten Sache Geschäfte mache, zur Herausgabe des Gewinns verpflichtet sein müsse, wenn er an sich auch schon auf Schadensersatz hafte.

Heck[101] läßt den Schuldner den Erlös nur insoweit herausgeben, als dieser ein Äquivalent für den Sachwert der ursprünglich geschuldeten Leistung darstellt. Erzielt der Schuldner etwa durch unerwartete Geschäftstüchtigkeit einen höheren Preis, so braucht er den Überschuß über den Sachwert nicht als Ersatz herauszugeben.

Diese hier vertretenen Mittelmeinungen sind aus dem Grunde abzulehnen, weil sie den Anspruch des Gläubigers aus § 281 BGB. von einem Verschulden des Schuldners abhängig machen, und somit im § 281 BGB. eine Art von Schadensersatz erblicken. Diese Ansicht verträgt sich, wie oben dargelegt, nicht mit der vom Gesetzgeber im § 281 gewollten Regelung.

Von Bedeutung wird die Ablehnung dieser Mittelmeinungen für den Fall, daß der Schuldner infolge besonderer per-

99 Institutionen 1929, S. 440 f.
100 Schuldrecht 1929, S. 471.
101 a.a.O. § 34 Nr. 7.

sönlicher Tüchtigkeit oder auch Gewissenlosigkeit ein hohes rechtsgeschäftliches Entgelt erlangt.

Bei der Untersuchung des Für und Wider stößt zunächst die verwandte und damit zusammenhängende Frage auf, ob der Schuldner andererseits vom Gläubiger für die zur Erlangung des Ersatzes gemachten Aufwendungen Vergütung verlangen kann.

Der Gesetzgeber hat diese Frage nicht geregelt. In 2. Lesung des Entwurfs des BGB. wurde der Antrag abgelehnt, in den unserm § 281 BGB. entsprechenden § 238 einzusetzen, daß eine Verpflichtung des Schuldners zur Ersatzherausgabe nur bestehen sollte „gegen Vergütung des behufs Erwerbes des Ersatzes oder Ersatzanspruchs Aufgewandten, jedoch nur bis zur Höhe des dem Werte der Leistung entsprechenden Betrages"[102].

Cosack[103], Lehmann[104], Haymann[105] und Starke[106] u. a. vertreten den Standpunkt, daß der Schuldner die von ihm gemachten Aufwendungen nicht ersetzt verlangen könnte. Lehmann nennt die Bejahung dieses Rechts des Schuldners eine Anerkennung der geschäftlichen Tüchtigkeit als „Rechtstitel zum Behalten der daraus erlangten Vorteile"[107]. Er tritt gegen die Zerlegung des Entgeltes in ein solches für die geschuldete Sache selbst und in ein durch besondere Geschicklichkeit erlangtes auf. Die dem Enteigneten (in dem von ihm behandelten Fall handelt es sich um einen Enteignungsfall, der aber nicht anders zu behandeln ist, als ein Fall freiwilligen Verkaufs[108]) gewährte Entschädigung sei nichts anderes als ein wertentsprechender Ersatz, wenn er auch durch Geschicklichkeit Einfluß auf ihre Höhe haben könne.

Haymann lehnt die Berechtigung des Schuldners auf Ersatz seiner gemachten Aufwendungen aus dem Grunde ab, daß es sich weder um einen Bereicherungsanspruch handele noch um einen Anspruch, der nur im Rahmen des Schadens erhoben werden dürfe, der dem Gläubiger durch die Unmöglichkeit entstanden sei.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Schuldner auf der einen Seite nicht berechtigt, die von ihm zur Erlangung des Ersatzes oder Ersatzanspruches gemachten Aufwendungen abzuziehen, also auch auf der anderen Seite nicht berechtigt, den durch seine Tätigkeit erzielten Mehrgewinn für sich zu behalten. Diese Ansicht erscheint gerecht und billig. Rein gefühlsmäßig sagt man sich, daß der Schuldner, der

---

102 Prot. I S. 316.
103 Lehrb. S. 427 II, 1.
104 Kriegsbeschl. S. 43, 48.
105 In IherJahrb. 77 S. 290 ff.
106 a.a.O. S. 81.
107 Kriegsbeschl. S. 48.
108 Vgl. Mayer a.a.O. S. 19.

über eine Sache, die er dem Gläubiger zu übergeben schuldrechtlich verpflichtet ist, den gesamten Erlös aus diesem weiteren Rechtsgeschäft dem Gläubiger herauszugeben hat. Der Schuldner hat seine Pflicht, sich weiterer Verfügungen über den geschuldeten Gegenstand zu enthalten, verletzt. Diese seine Pflichtverletzung würde noch belohnt werden, wenn ihm der erzielte Erlös belassen würde.

Allein hiermit würde die oben abgelehnte Ansicht, den Ersatz im Sinne von § 281 BGB. als eine Privatstrafe zu charakterisieren, wieder gebilligt werden und die weiter bekämpfte Ansicht über die Frage eines Verschuldens des Schuldners in Erwägung gezogen werden.

Diese aus dem Rechtsgefühl entsprungene Billigung wird aber sofort aufgegeben, wenn man sich die Bedeutung des „Ersatzes" im § 281 vor Augen hält. In dem Falle nämlich, daß vom Schuldner Aufwendungen zur Erlangung des Ersatzes gemacht werden, liegt insoweit ein Ersatz des geschuldeten Gegenstandes nicht mehr vor. (Über den Sinn des Ersatzes vgl. oben). Heck[109] sagt mit Recht, daß dem Schuldner zugemutet werden könne, den Erlös für eine geschuldete Sache herauszugeben; allerdings verpflichtet er ihn dazu nur soweit, als der Erlös ein Äquivalent für den Sachwert der ursprünglich geschuldeten Leistung darstellt.

So auch RGZ. Band 91, S. 2630, wo mit Recht bei einem durch die eigene Tätigkeit des Schuldners herbeigeführten besonders günstigen Verkauf der Schuldner nicht für verpflichtet erklärt wird, den dadurch über das Erfüllungsinteresse des Gläubigers hinaus erlangten Vorteil herauszugeben.

§ 5. Die Ersatzherausgabe beim Bereicherungsanspruch (§ 818 BGB.). Berücksichtigung der historischen Entwicklung.

Das Prinzip der Surrogation mit obligatorischer Wirkung findet sich weiter in § 818 BGB. für den Fall, daß der Schuldner nur auf die ungerechtfertigte Bereicherung haftet.

Es fragt sich, welche Ersatzvorteile der Kondiktionsschuldner dem Betroffenen herauszugeben hat, d. h. welche Bedeutung haben die §§ 818, 819 BGB.? Es kann sofort festgestellt werden, daß die Surrogation des § 818 BGB. weitergehend ist, als die des § 281. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut: „Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen sowie auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Er-

[109] a.a.O. § 34 Nr. 7.

satz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt".

Es tritt also hier zu dem stellvertretenden commodum, wie es § 281 gewährt, das akzessorische commodum hinzu. Die innere Berechtigung ergibt sich aus der Erwägung, daß der Gläubiger im besonders hohen Maße die Gefahr trägt, wenn der Schuldner nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung haftet.

Die allgemeinen Regeln über Verschulden usw. treten erst mit der Rechtshängigkeit bzw. mit dem Augenblick der Schlechtgläubigkeit ein. Bis zur Rechtshängigkeit haftet der Empfänger, wenn die Herausgabe des erlangten Gegenstandes unmöglich wird, immer nur auf den gemeinen Wert bis zum Betrage seiner Bereicherung, während in dem Falle des § 281 BGB. Abzüge des Schuldners vom Erlös, sofern dieser das Äquivalent der ursprünglichen Sache darstellt, unzulässig sind. Die Gefahr einer Minderung seiner Bereicherung trägt also nicht er, sondern der Gläubiger.

Es stimmt demnach mit den Grundsätzen über das commodum des römischen Rechts überein und entspricht der Billigkeit, wenn man dem Gläubiger andererseits auch jede Vermehrung der Bereicherung des Empfängers zuspricht, wenn man als ungerechtfertigte Bereicherung nicht die unmittelbar erlangten Gegenstände ansieht, sondern auch dasjenige, was sich weiterhin aus ihnen entwickelt[110].

Dementsprechend legt § 818 Abs. 1 dem Empfänger auch die Verpflichtung zur Herausgabe des akzessorischen und des stellvertretenden commodums auf.

Abweichend vom Entwurf I[111] berücksichtigt § 818 Abs. 1 BGB. nur die als Ersatz für die ursprüngliche Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung der ursprünglichen Sachen erlangten Surrogate, nicht dagegen die durch Rechtsgeschäft des Schuldners erworbenen. Wenn also der Empfänger die ursprüngliche Sache sehr vorteilhaft veräußert hat, hat der Gläubiger keinen Anspruch auf den erzielten Kaufpreis, sondern nur auf den Wert des veräußerten Gegenstandes. Der Empfänger behält also den Gewinn aus dem Verkauf, soweit er den Wert übersteigt. Dies ergibt sich aus § 818 Abs. II, wonach nur der Wert der Sache zu ersetzen ist. Den darüber hinausgehenden Erlös als Ersatz im Sinne von § 818 Abs. 1 anzusehen, ist nicht möglich, wie im nachstehenden eingehend dargelegt werden soll.

Für den Normalfall, daß der Schuldner gutgläubig ist, bestimmt § 818 Abs. I BGB.: „Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf die empfangenen Nutzungen, so-

110 Vgl. Mot. II S. 838.
111 Vgl. Mot. II S. 839 (§ 740 Abs. I).

wie auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt". Literatur und Rechtsprechung lassen unter diesen Ersatz fast unbestritten das lucrum ex re, also das durch die Sache selbst Hervorgebrachte, fallen. Das lucrum ex negotiatione wird deshalb nicht mitumfaßt, weil in § 818 BGB. der Ausdruck „Nutzungen" gebraucht wird, ein Begriff, der auf den rechtsgeschäftlichen Erlös nicht anwendbar ist. (§ 100 BGB. definiert Nutzungen als „die Früchte einer Sache (Sach- und Rechtsfrüchte) oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechtes gewährt").

Der Ausdruck „Ersatz" hat in § 818 auch einen andern Sinn als in § 281. Er ist eingeschränkt und nur als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung der Sache gedacht.

Oertmann[112] nahm an, daß der rechtsgeschäftliche Erlös mitumfaßt würde durch den Satz „was auf Grund eines erlangten Rechtes erworben ist". Diese Ansicht vertritt er heute nicht mehr in der richtigen Erkenntnis, daß rechtsgeschäftlicher Erlös nicht auf Grund eines Rechtes, sondern auf Grund eines Rechtsgeschäftes erlangt wird.

Enneccerus[113] stimmt ihm bei, „weil rechtsgeschäftlicher Erwerb in erster Linie auf dem Vertrage, nicht auf dem erlangten Gute selbst beruht". Ähnlich begründet auch v. Mayr[114] diese Ansicht; auch das Reichsgericht[115] steht auf dem Standpunkt, daß „der durch ein besonderes Rechtsgeschäft, nämlich die Weiterveräußerung erlangte Kaufpreis" nicht unter § 818 BGB. fällt.

Die damit vertretene Ansicht, daß nur das commodum ex re und nicht das commodum ex negotio unter § 818 fällt, also nur dasjenige, was das Recht ohne Zutun des Schuldners hervorgebracht hat, findet eine bestätigende Stütze in § 1370 BGB. Enneccerus[116], Oertmann[117] und von Mayr[118] weisen mit Recht darauf hin, daß die in § 1370 BGB. eingefügte Alternative „oder durch ein Rechtsgeschäft erwirbt, das sich auf das Vorbehaltsgut bezieht" überflüssig wäre, wenn sowieso schon der rechtsgeschäftliche Erlös unter diese Vorschrift fiele[119].

---

112 a.a.O. S. 910 zu § 818.
113 a.a.O. § 447, I, 3.
114 a.a.O. S. 614.
115 RGZ. Bd. 86 S. 347.
116 II S. 636.
117 1910.
118 a.a.O. S. 612.
119 So auch RGZ. Bd. 568, 387; Bd. 101 S. 391.

Auch die Motive[120] sprechen für diese Auslegung, und die Protokolle[121] führen aus, daß der § f. des Gegenentwurfs angenommen sei, „da dieser Paragraph keine sachliche Änderung bezweckte, sondern nur deutlicher zum Ausdruck zu bringen versuche, daß sich die Verbindlichkeit zur Herausgabe oder Wertvergütung nicht auf dasjenige erstrecke, was der Bereicherte durch willkürliche Verfügung über den Gegenstand erworben habe, daß vielmehr bezüglich dieses Erwerbes, lediglich die Verpflichtung zur Wertvergütung gemäß § 739 in Frage käme".

Der hauptsächlichste Vertreter der Gegenmeinung, die unter § 818 BGB. auch das commodum ex negotio bringen will, ist Schulz[122] und zwar aus dem Grunde, weil er ebenso wie in § 281 keinen Grund sieht, das commodum ex negotio anders zu behandeln als das commodum ex re. Er führt dazu weiter aus, daß das commodum ex negotiatione zwar nicht unter das „auf Grund eines Rechts erworbene" falle, aber eine unterschiedliche Behandlung der beiden commoda sei durch nichts gerechtfertigt. Auch erblickt er in dem Gegenargument aus § 1370 BGB. nicht die Bestätigung der von ihm abweichenden Meinung. Er wendet deshalb die §§ 818 und 2019 BGB. analog an.

Ebenso hält Fischer[123] den Wortlaut und die Protokolle des § 818 BGB. für unrichtig. Auch er erkennt das argumentum e contrario des § 1370 BGB. nicht an, da die Vorschriften gänzlich verschieden seien, und da ein subjektiver Zusammenhang wie beim Vorbehaltsgut beim Bereicherungsrecht nicht in Betracht käme.

Seine Meinung, auch das lucrum ex negotiatione unter § 818 BGB. zu bringen, bekräftigt er mit dem Argument, daß die Motive[124] ausdrücklich der Praxis und Wissenschaft die Entscheidung über die Frage überlassen haben, was dem Berechtigten herauszugeben ist und dem, was der Verpflichtete behalten darf. Aus allgemeinen Kausalitätsgrundsätzen und aus dem Wesen der Bereicherung will Fischer die Berechtigung seiner Meinung herleiten, da es dem Gesetz nicht widerspreche.

Die richtige Erkenntnis über den Umfang des Herausgabeanspruchs wird aber erst durch einen Vergleich des § 818 Abs. I mit § 818 Abs. II gewonnen. Abs. II und Abs. I stellen die Herausgabeansprüche des Betroffenen für zwei Fälle fest. Solange der Schuldner noch im Besitz der Sache oder eines Surrogates ist, soll er dieses herausgeben. Wenn er

120 S. 836.
121 II S. 709.
122 Eingriffserwerb S. 339 ff., 343.
123 a.a.O. S. 32 f.
124 II S. 838.

nicht mehr im Besitz ist, soll er den Wert ersetzen. Beide Ansprüche sind gleichwertig. Die Sache oder das Surrogat sind hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Bedeutung dem dafür einzusetzenden Geldbetrag gleichgesetzt.

In § 818 BGB. Abs. II tritt der Surrogationsgedanke somit klar hervor. Der Wert, nicht etwa das Interesse ist zu ersetzen, wenn die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich ist oder Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande ist. Dieser Betrag steht wirtschaftlich noch im Zusammenhang mit dem ursprünglichen Gegenstand. Hier zeigt es sich, daß die Unmöglichkeit der Leistung nicht dem Zurleistungaußerstandesein gleichzusetzen ist.

Der Kondiktionsschuldner braucht also den rechtsgeschäftlichen Erlös nicht herauszugeben, er ist nur zum Wertersatz verpflichtet. Verschiedene Entscheidungen des Reichsgerichts[125] und die herrschende Literatur[126] stehen auf demselben Standpunkt.

Anders liegt der Fall bei der Herausgabe nach § 816 BGB. Hier ist auch das durch eine willkürliche Verfügung erlangte commodum ex negotiatione herauszugeben; denn hier handelt der Verfügende als Nichtberechtigter, während im Falle des § 818 BGB. ein dinglich Berechtigter — bis zur Rechtshängigkeit bzw. Kenntnis des mangelnden Rechtsgrundes — die Verfügung trifft. Für den Fall des § 816 ist die Regelung des § 281 BGB. wenigstens analog anzuwenden.

§ 6. Die Ersatzherausgabe beim Eigentumsherausgabeanspruch. (§ 985 BGB.). Berücksichtigung der historischen Entwicklung.

Bestritten ist, ob die Vorschrift des § 281 BGB. über das Gebiet der Schuldverhältnisse hinaus auch auf dingliche Ansprüche, namentlich auf den Anspruch des Eigentümers einer gestohlenen Sache gegen den (gutgläubigen) Besitzer auf Herausgabe nach § 985 BGB., angewandt werden kann[127].

Zur Frage auf die Anwendbarkeit des § 281 auf dingliche Ansprüche sind für den Streit der Meinungen zwei Entscheidungen des Reichsgerichts richtunggebend, die diese Frage gegensätzlich beantworten. Das Reichsgericht war zum ersten Male zur Entscheidung hierüber gezwungen, als die Frage auftauchte, ob dem Eigentümer einer gestohlenen Sache, die

125 RGZ. Bd. 86 S. 347; Bd. 101 S. 389; Bd. 56 S. 383.
126 Planck zu § 281, 2 b; Oertmann zu § 281, 2 c; v. Mayr a.a.O. S. 612; Römer S. 344.
127 RGRKomm. Anm. 1 zu § 281.

von einem gutgläubigen Erwerber weiterveräußert worden und nicht mehr zu erlangen ist, der Anspruch auf Herausgabe des Erlöses nach § 281 BGB. zusteht.

Wird nämlich einem Eigentümer eine Sache entwendet, so hat er in der Regel zur Zurückgewinnung des ihm entzogenen Besitzes die Herausgabeklage des § 985 BGB. Diese hat er gegen jeden Besitzer der Sache, weil an der gestohlenen Sache gemäß § 935 BGB. kein Eigentum erworben werden kann. In dem Falle jedoch, da die Sache nicht auffindbar ist, also im Regelfalle, ist dieser Anspruch für den Eigentümer wertlos. Er ist es auch dann, wenn ein Zwischenmann die gestohlene Sache weiterveräußert hat und in den Besitz eines dem wahren Werte nahekommenden Erlöses gekommen ist. Denn der Anspruch aus § 985 BGB. geht nur auf Herausgabe der Sache selbst. War außerdem der Zwischenmann redlicher Erwerber und Veräußerer, so entfällt auch eine Haftung aus §§ 992, 989, 687 BGB.; ebenso auch eine Haftung aus § 823 BGB., weil der Dieb nicht bekannt ist. Der Eigentümer ist also, wenn der Erwerber der Sache wie auch der Dieb unbekannt und nicht auffindbar sind, ohne jede Möglichkeit, den ihm durch den Diebstahl erwachsenen Schaden auszugleichen. Erfährt er jedoch, daß die Sache von einem Zwischenmann veräußert worden ist, so wird er versuchen, wenigstens den Verkaufserlös für sich zu retten. Auf welchem Wege dies geschehen soll, darüber gehen die Meinungen in Wissenschaft und Rechtsprechung[128] auseinander. Die herrschende Ansicht hilft dem Eigentümer auf dem Wege über §§ 816, 185 BGB.[129].

Ob auch § 281 BGB. auf den dinglichen Herausgabeanspruch anwendbar ist, soll im folgenden untersucht werden.

In seiner ersten Entscheidung[130] gibt das Reichsgericht unter Berufung auf RGZ. Band 93 Seite 283 dem Eigentümer einer gestohlenen, mehrfach in gutem Glauben weiterveräußerten und nicht mehr auffindbaren Sache einen Anspruch auf den Erlös aus § 281 BGB. Obwohl § 281 wegen seiner Stellung im Gesetz zu den allgemeinen Vorschriften über das Recht der Schuldverhältnisse gehört, hat das Reichsgericht es zugelassen, diesen Paragraphen auf den zum Sachenrecht gehörenden Anspruch des nichtbesitzenden Eigentümers auf Herausgabe gegen den gutgläubigen Nichteigentümer anzuwenden. Es führt an, aus dem Eigentum entsprängen außer dem dinglichen Herausgabeanspruch noch schuldrechtliche Erstattungsansprüche. Da diese Ansprüche in dem gleichen Rechtsverhältnisse ihren Ursprung hatten, liegt kein Anlaß

[128] OLG. Hamburg, HansGerZ. 1924 Nr. 50; JW. 1926, S. 2775; OLGE. Bd. 45, S. 126; OLG. Köln in LZ. 1927 S. 61.
[129] RGZ. Bd. 106, S. 44 ff.; Bd. 115 S. 34 ff.
[130] RGZ. Bd. 105 S. 84 ff.

vor, diese verschiedenen Ansprüche aus dem gleichen Rechtsverhältnisse verschieden zu behandeln. Auch soweit dingliche Ansprüche in Frage stehen, hat das Reichsgericht ein Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer angenommen; es stützt diese Annahme vor allem auf § 990 Abs. II BGB., wo bei Verzug des Besitzers ausdrücklich die übliche Haftung unberührt gelassen wird. Grundsätzlich seien also — unmittelbar oder entsprechend — die allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse auf dingliche Ansprüche anwendbar. Mithin finde auch § 281 BGB. Anwendung.

Diese Auffassung wurde geteilt vom RGRKomm.[131]. Weitere Entscheidungen erfolgten vorerst nicht, bis sich das Oberlandesgericht Hamburg[132] dagegen wandte. Die Veräußerung der Sache mache ihre Herausgabe nicht im Sinne des § 281 BGB. unmöglich, da mit Wegfall des Besitzes eine tatsächliche Voraussetzung für den Anspruch aus § 985 BGB. wegfalle. Wenn das Gesetz die Verpflichtung zur Herausgabe regele, könne nicht wie bei vertraglichen Beziehungen aus dem vermutlichen Parteiwillen eine derartige Verpflichtung geschlossen werden. Unter Umständen seien zwar gewisse Vorschriften des Schuldrechts auf dingliche Ansprüche anwendbar. Dies gelte aber nicht für § 281 BGB., der in der systematischen Anordnung des BGB. einen bestimmten, beschränkenden Platz erhalten habe und eine durch §§ 275, 280 BGB. nicht geregelte Lücke ausfülle. Die Rechte des Eigentümers seien in den §§ 985 ff. BGB. ausführlich geregelt und bedürften keiner Ergänzung.

In seiner letzten Entscheidung vom 2. Dezember 1925 wies das Oberlandesgericht Hamburg auf den wesentlichen Unterschied hin, der grundsätzlich zwischen obligatorischen und dinglichen Herausgabeansprüchen bestehe. In dem ersten Falle bestehe vertragliche Bindung des Schuldners, in letzterem könne sich dieser freiwillig des Anspruchs aus § 985 BGB. entäußern. Da außerdem in §§ 987 ff. BGB. nicht, wie in den §§ 988, 990 Abs. 2, 992, 993 BGB. eine Verweisung auf nichtsachenrechtliche Bestimmungen enthalten sei, deren es aber ebenso bedurft hätte, sei die Anwendbarkeit auf dingliche Ansprüche zu verneinen.

In der neueren Entscheidung des Reichsgerichts[133], die der im 105. Bande widerspricht[134], wird der vorstehenden Hamburger Entscheidung im wesentlichen zugestimmt und

---

131 5. Aufl. 1923, § 281, 1.

132 OLGE. Bd. 45 S. 124 ff.; JW. 1926 S. 1244 Nr. 4; JW. 1926, S. 2775 Nr. 3.

133 RGZ. Bd. 115 S. 31 ff.

134 Eine Plenarentscheidung erübrigte sich, obschon ein Senat von der Entscheidung eines anderen Senates abwich, da der Senat, der die Entscheidung im 105. Bande gefällt hatte, inzwischen nicht mehr existierte.

die Ausdehnung der Geltung des § 281 BGB. auf den Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer abgelehnt. Das Reichsgericht legt dar, daß § 281 BGB. auf dem Gedanken beruhe, daß das Schuldverhältnis trotz der Leistung nicht vernichtet werde, sondern seine Wirkung in einer anderen Richtung, und zwar in der Verpflichtung zur Ersatzherausgabe, äußere. Auch diese Verpflichtung habe danach ihren Rechtsgrund in dem bestehenden Schuldverhältnis. Ein derartiges Weiterwirken bei dinglichen Herausgabeansprüchen des Eigentümers gegen den redlichen Besitzer komme aber nicht in Frage, da hier der bloße Besitzverlust zum Erlöschen des dinglichen Anspruchs führe. Es handele sich nicht darum, daß eine bestehende Unmöglichkeit der Herausgabe den Besitzer von seiner ursprünglichen Verpflichtung befreie, vielmehr sei die Rechtsfolge die, daß mit der Tatsache des Besitzverlustes dem dinglichen Verpflichtungsverhältnis der Boden entzogen werde, und daß es wegen des Wegfalls des Besitzes als einer für den dinglichen Anspruch wesentlichen Voraussetzung erlösche, ohne daß es darauf ankomme, ob dem Schuldner die Leistung noch möglich sei oder nicht.

Beide Entscheidungen haben in der Wissenschaft Anklang und auch Widerspruch gefunden.

Die folgende Untersuchung soll sich auf die Frage erstrecken, welche Stellungnahme zu diesen Entscheidungen einzunehmen ist.

Die Lage des Eigentümers, dem der Besitzer eine Sache durch Weiterveräußerung praktisch ungreifbar gemacht hat, ist äußerlich sehr ähnlich der Lage eines Gläubigers, dessen Schuldner die Erbringung der geschuldeten Leistung unmöglich geworden ist. In beiden Fällen wird die Herausgabe der Sache an den Berechtigten unmöglich gemacht. Ein klarer Anwendungsfall des § 281 BGB. ist, wie oben dargelegt, nur der, daß der Schuldner etwa für die geschuldete Leistung eine Sache eingetauscht hätte, oder von dem ursprünglichen Schuldgegenstand einen Rest behalten hätte. Diesen Ersatz der ursprünglich geschuldeten Sache muß er nach § 281 BGB. dem Gläubiger herausgeben, trotzdem schon sehr bestritten ist, ob in einem solchen Falle ein rechtsgeschäftlicher Erlös der Sache ein Ersatz im Sinne des § 281 BGB. ist. Andere und schwierigere Fragen tauchen auf, wenn man versucht, den § 281 BGB. mit seinen Begriffen, wie Gläubiger, Schuldner, Unmöglichkeit, Ersatz auf das Verhältnis von Eigentümer und früherem Besitzer einer Sache anzuwenden.

Gegen die Anwendbarkeit des § 281 BGB. könnte zunächst schon sprechen, daß § 881 eine Bestimmung des allgemeinen Teils des Rechts der Schuldverhältnisse darstellt, während der Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer

eine Zentralnorm des Sachenrechts ist[135]. Nun hat man zwar Schuldrecht und Sachenrecht begrifflich klar zu scheiden, und die Einteilung des BGB. folgt diesem logischen Unterschied. Das bedeutet aber nicht, daß die Bestimmungen des einen Teils auf solche des andern Teils grundsätzlich unanwendbar wären. Grundsätzlich bestehen keine Bedenken, Vorschriften des Schuldrechts auf das Sachenrecht anzuwenden, wenn sie keine ausschließlich für ihr Gebiet getroffenen Sondervorschriften sind. Das 3. Buch des BGB. kennt selbst echte Schuldverhältnisse, wie z. B. die, die zwischen Eigentümer und unredlichem Besitzer entstehen, und es verweist verschiedentlich auf die Normen des Schuldrechts. Eine generelle Unanwendbarkeit schuldrechtlicher Normen auf sachenrechtliche Beziehungen gibt es also nicht.

Auch die begriffliche Verschiedenheit des dinglichen Herausgabeanspruchs und des obligatorischen Forderungsrechts fordert nicht zwingend die Unenwendbarkeit schuldrechtlicher Bestimmungen auf dingliche Beziehungen. Denn beide Ansprüche richten sich gegen einen einzelnen, beide gehen darauf hinaus, den Schuldner bzw. den Besitzer zur Herstellung des Zustandes zu bringen, der dem Forderungsrecht des Gläubigers bzw. dem Eigentum des Eigentümers entspricht. Unbedenklich kann man also die schuldrechtlichen Begriffe, Gläubiger und Schuldner, auf die Beziehungen zwischen Eigentümer und Besitzer anwenden[136]. So sagt auch das Reichsgericht: Grundsätzlich finden die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse auf dingliche Ansprüche, sei es unmittelbar, sei es entsprechend, Anwendung, soweit sich nicht aus der besonderen Natur des dinglichen Anspruchs und den mit Rücksicht hierauf gegebenen besonderen Vorschriften eine Abweichung ergibt[137]. Es läge also aus dem Grunde, daß § 281 BGB. eine Vorschrift des Schuldrechts ist, kein Hindernis für die Erstreckung dieses Paragraphen auf sachenrechtliche Vorschriften vor, da § 281 BGB. auf dem Grundgedanken der Surrogation beruht, ein Gedanke, der im Gesetz an den verschiedensten Stellen wiederkehrt.

Besondere Vorschriften für die Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und Besitzer, sind nun zwar in den §§ 987 ff. BGB. gegeben. Der § 993 läßt keinen Zweifel darüber zu, daß diese Regelung abschließend gedacht ist, § 993 schließt aber nur Schadensersatzansprüche und die Anwendbarkeit über die ungerechtfertigte Bereicherung aus. Beiden Kategorien gehört der § 281 nicht an. Zunächst ist der Anspruch aus § 281 kein Schadensersatzanspruch. Er setzt nicht, wie ein Schadensersatzanspruch es in der Regel — außer im Falle

135 Sarx a.a.O. S. 9.
136 Schwarz a.a.O. S. 13.
137 RGZ. Bd. 105, S. 88.

der Gefährdungshaftung — tut, Verschulden voraus und ist auch gegeben, wenn der Gläubiger einen Schadensersatzanspruch nicht hat. Der Anspruch aus § 281 BGB. wird dem Gläubiger als Minus gegenüber dem primären Leistungsanspruch zugebilligt, ohne Rücksicht auf einen etwa entstandenen Schaden[138].

Der Anspruch aus § 281 ist auch kein Bereicherungsanspruch. Die Bereicherungsansprüche sollen ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen ausgleichen. Weil die obligatorische Grundbeziehung fehlt, soll das Vermögen wieder zu seinem früheren Träger zurück. Auch bei Regelung nach § 281 soll der Gläubiger etwas aus dem Vermögen des Schuldners erhalten. Dieses Etwas ist jedoch nicht aus dem Vermögen des Gläubigers geflossen, weil gar keine Wertverschiebung vom Gläubigervermögen zum Schuldnervermögen stattgefunden hat. Der Schuldner soll nur den Ersatz herausgeben, den er für die ursprünglich geschuldete Leistung erhalten hat. Für diesen Ersatz als das Äquivalent der ursprünglich geschuldeten Leistung muß er dem Werte nach in voller Höhe einstehen, während der Schuldner eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung nur das abgeben muß, um was er tatsächlich noch bereichert ist.

Ist somit der Anspruch des § 281 weder ein Schadensersatzanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, so schließen die Bestimmungen des § 987 ff. die Anwendung des § 281 auf den dinglichen Herausgabeanspruch nicht aus.

Das Reichsgericht beschränkt in seiner Entscheidung in Band 115 Seite 31 ff. die Anwendbarkeit des § 281 BGB. auf das Gebiet der rechtsgeschäftlichen Obligationen[139]. Der § 281 sei nichts als der Ausdruck eines zu vermutenden Parteiwillens. Im Schuldrecht gehe der Wille der Parteien dahin, daß bei Untergang des Leistungsgegenstandes der für ihn erlangte Ersatz an seine Stelle treten würde[140].

Diese Behauptung ist nicht in allen Fällen zutreffend, z. B. dann nicht, wenn der Schuldner schon von vornherein die Absicht hegt, bei sich bietender Gelegenheit die Sache an einen Dritten zu verkaufen[141].

Auch der weiteren Behauptung, im Sachenrecht fehle ein solcher Parteiwille, kann nicht gefolgt werden. Es ist bedenklich, aus einem nichterklärten Parteiwillen einen Beweis führen zu wollen. Überdies kann nicht bestritten werden, daß § 281 BGB. auch bei den gesetzlichen Schuldverhältnissen Anwendung findet, bei denen von einem Parteiwillen garnicht gesprochen werden kann.

---

138 Vgl. Schwarz a.a.O. S. 10.
139 Vgl. Heck § 34 Nr. 1 a.
140 Dafür auch Titze, JW. 1928 S. 2016; Wedemeyer JW. 1926 S. 2775.
141 Vgl. Simon a.a.O. S. 68.

Schwerer zu bekämpfen ist jedoch der Einwand, der § 281 BGB. könne seine besonderen Funktionen nur gegenüber einem persönlichen Schuldner erfüllen. Haymann[112] führt aus, § 281 BGB. wolle nur den persönlichen Gläubiger schützen, weil nur er kraft seines Forderungsrechts sich ausschließlich an den einen Schuldner halten könne. Einen solchen Schutz habe aber der Eigentümer gegenüber dem zur Herausgabe verpflichteten Besitzer nicht nötig, weil im Falle des Besitzwechsels in der Person des neuen Besitzers sofort ein neuer Herausgabeschuldner gegeben sei, gegen den er den Vindikationsanspruch habe.

Die Richtigkeit dieses Satzes kann Sarx[113] nicht widerlegen. Er sagt nur, daß im Einzelfall der Anspruch aus § 281 BGB. auch für den Eigentümer im Verhältnis zu einem früheren Besitzer große Bedeutung haben könne. Es handelt sich aber weniger darum, das von Billigkeitserwägungen diktierte Bedürfnis, dem Eigentümer zu dem Erlös zu verhelfen, herauszustellen, als vielmehr um die Beantwortung der Frage, ob die besondere Natur des dinglichen Anspruchs eine Anwendung der schuldrechtlichen Bestimmung des § 281 zuläßt. Das ist aber unter Berücksichtigung des Für und Wider abzulehnen. Es würde eine Verkennung der grundlegenden Regeln über die Natur eines Anspruchs überhaupt sein, wollte man dingliche und obligatorische Ansprüche miteinander derart verschmelzen, daß der eine vom andern nicht mehr zu trennen ist. Eine grundsätzliche Scheidung muß bestehen bleiben, wenn man nicht die Grundfesten des BGB. erschüttern will. Der dingliche Herausgabeanspruch des Eigentümers richtet sich seinem Wesen als absolutem Recht entsprechend gegen eine unbeschränkte Anzahl von Besitzern. Wechselt das Objekt des Anspruchs den Besitzer, so richtet sich der Anspruch sofort gegen den neuen Besitzer, während er gegenüber dem alten Besitzer untergeht. Der Gläubiger einer persönlichen Forderung ist dagegen ein für allemal an den Schuldner gebunden. Kann dieser die Leistung nicht erbringen — etwa wegen Unmöglichkeit — so kann der Gläubiger von ihm diese Leistung überhaupt nicht bekommen. Er verliert seinen Anspruch und darum verhilft ihm das Gesetz ausgleichend zu dem Ersatz der ursprünglich geschuldeten Sache, indem es ihm den Anspruch aus § 281 gibt. Für den Eigentümer aber, dessen Herausgabeanspruch sich gegen jeden neuen Besitzer richtet, besteht garnicht das zwingende Bedürfnis nach einem Ersatz, wie es für den persönlichen Gläubiger besteht. Damit ist die Verschiedenheit des dinglichen und des persönlichen Herausgabeanspruchs dargetan, bzw. die Verschiedenheit des beiden Ansprüchen zugrundeliegenden Tatbestandes. Wendet

[112] In IherJahrb. Bd. 77 (1927) S. 287, 289.
[113] a.a.O. S. 20.

man § 281 auch auf den dinglichen Herausgabeanspruch an, so entzieht man dem § 281 die Basis, nämlich die Bindung des Gläubigers an einen einzelnen persönlichen Schuldner.

Wollte man aber auch die Bedenken zurückstellen, die sich aus der Verschiedenheit der Tatbestände des obligatorischen und des dinglichen Anspruchs ergeben, so muß doch die Anwendung, jedenfalls die direkte Anwendung, des § 281 daran scheitern, daß es nicht möglich ist, den Begriff Unmöglichkeit des § 281 auf das Verhältnis vom Eigentümer und früherem gutgläubigen Besitzer anzuwenden.

Hier mag vorweg bemerkt werden, daß die Tatsache des Eigentums auf der einen Seite und die des Besitzes auf der andern Seite Anspruchsgrundlage sind.

Der § 281 verlangt einen Umstand, der einerseits dem Schuldner die Leistung unmöglich macht und andererseits ihm einen Ersatz für den ursprünglich geschuldeten Gegensatz verschafft. Dieser Umstand wäre in unserem Falle die Veräußerung der Sache. Ist die Sache tatsächlich nicht mehr auffindbar, so ist dem Besitzer die Herausgabe der Sache unmöglich gemacht. Die Veräußerung hat dem Besitzer in dem Erlös einen Ersatz der Sache verschafft. Die Tatbestandsmerkmale des § 281 sind damit aber nur scheinbar erfüllt. § 281 meint mit dem Wort Unmöglichkeit nicht nur, daß die Verpflichtung zur Leistung des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes weggefallen ist, sondern er stellt auch fest, daß die Unmöglichkeit der Leistung ursächlich für den Untergang der Verpflichtung gewesen sein muß. Das ergibt sich schon, auch ohne eine ausdrückliche Erwähnung im § 281, aus der Stellung des Paragraphen, der sich an die Bestimmungen anschließt, die den Wegfall der Leistung ausführlich regeln.

Liegt nun auch für den aus dem Erlös in Anspruch genommenen Besitzer eine Unmöglichkeit der Herausgabe vor, so fehlt es doch bei ihm an der vom § 281 vorausgesetzten Kausalität von Unmöglichkeit und Wegfall der Leistungsverpflichtung. In dem Augenblick zwar, wo der gutgläubige Besitzer den Besitz aufgegeben hat, ist er von der Pflicht zur Herausgabe frei. Der Anspruch des Eigentümers richtet sich gegen ihn nur als Besitzer der Sache. Kausal für diese Befreiung des Besitzers von seiner Herausgabepflicht war aber nicht die Herausgabe der Sache bzw. die Unmöglichkeit der Herausgabe, sondern allein die Tatsache des Besitzverlustes. Hat der Besitzer den Besitz nicht mehr, ist er nicht mehr verpflichtet, selbst wenn ihm die Heranschaffung der Sache durchaus möglich ist. Für das sogen. Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer kommt es demnach garnicht auf die Unmöglichkeit der Herausgabe an, sondern allein auf die Tatsache des Besitzverlustes. Nicht Unmöglichkeit wie § 281 es verlangt, sondern der Besitzverlust ist entscheidend

für das Erlöschen des dinglichen Anspruchs. Der § 281 ist auf den dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers also gegen den Besitzer, wenigstens direkt, nicht anwendbar.

Eine analoge Anwendung des § 281 auf den dinglichen Herausgabeanspruch kann nach dem oben Ausgeführten nicht umhin, die Unmöglichkeit des § 281 durch den Begriff „Besitzverlust" zu ersetzen. In der Tat sind solche Analogien versucht worden. Dölle[144] hält sie für zulässig, weil der Besitzverlust wie auch die schuldrechtliche Unmöglichkeit zur Leistung den Schuldner von seiner Primärverpflichtung zur Leistung der ursprünglichen Sache befreie. In ähnlicher Weise geht Sarx[145] davon aus, Besitzverlust und Unmöglichkeit sei es gemeinsam, daß beide die Verpflichtung zur ursprünglich geschuldeten Leistung wegfallen ließen. Die Polemik, die Sarx an die Aufstellung dieses Satzes anschließt, zeigt die Gründe für eine Ablehnung der Analogie auf.

Auszugehen ist davon, daß das Schuldverhältnis trotz nachträglicher Unmöglichkeit nicht vernichtet wird, sondern nur seine Wirkung in anderer Richtung äußert, nämlich in der Pflicht zur Ersatzherausgabe[146]. Gerade die Bestimmung des § 281 ist eine besondere Betätigung des Gedankens, daß die Unmöglichkeit der Leistung die Bindung vom Gläubiger und Schuldner nicht zerstört, sondern daß das zwischen ihnen bestehende Schuldverhältnis geeignet ist, noch Wirkungen zu erzeugen, wie etwa die Verpflichtung zum Schadensersatz oder gerade die Pflicht zur Ersatzherausgabe. Dieser Anspruch fließt aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis. Faßt man aber den § 281 als Bestätigung des Gedankens der Fortdauer des Schuldverhältnisses trotz Unmöglichkeit der ursprünglich geschuldeten Leistung auf, muß man folgerichtig für die Anwendung des § 281 fordern, daß überhaupt noch ein Schuldverhältnis besteht, das die Fähigkeit hat, mit einem anderen Inhalt fortzudauern[147]. Mit dem Besitzverlust erlischt aber jede bindende Beziehung zwischen Eigentümer und Besitzer, die eine sekundäre Verpflichtung wie die zur Ersatzherausgabe erzeugen könnte[148]. Wenn Dölle[149] von einer Primärverpflichtung spricht, so muß er dabei folgerichtig ein fortbestehendes Schuldverhältnis unterstellen, aus dem überhaupt erst die sekundäre Pflicht zur Ersatzherausgabe entspringen könnte. Er leugnet aber garnicht, daß der Besitzverlust das dingliche Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und dem den Besitz verlierenden Besitzer zum Erlöschen bringt. Den Nachweis des Fortbestandes einer Binduung zwischen Eigentümer und Be-

144 a.a.O. S. 27.
145 a.a.O. S. 27.
146 a.a.O. S. 16.
147 Vgl. Oertmann § 281 Anm. 8., Haymann a.a.O. S. 118 ff., Werner a.a.O.
148 RGRKomm. § 281, 1; RGZ. Bd. 115/31.
149 a.a.O. S. 27.

sitzer, den wir für die Anwendung des § 281 haben fordern müssen, hat er nicht erbracht.

Damit ist die Gleichsetzung von Besitzverlust und Unmöglichkeit in § 281 abgelehnt und somit ist für eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf den dinglichen Anspruch kein Raum.

Mit der Ablehnung des Anspruchs aus § 281 ist allerdings nicht gesagt, daß der Eigentümer nun überhaupt keine Möglichkeit mehr hätte, auf den Erlös zu greifen. Vielmehr bietet ihm das Bereicherungsrecht dafür die richtige Handhabe[150].

Ausgangspunkt der Versuche, den § 281 dazu zu benutzen, um dem Eigentümer einer gestohlenen und unauffindbar weiterveräußerten Sache einen Anspruch auf den Erlös zu geben, war eine Billigkeitserwägung. Dem Eigentümer sollte für die entwendete Sache wenigstens deren Ersatz gegeben werden. Das Gesetz selbst hält das Interesse des bestohlenen Eigentümers für schutzwürdiger als die Verkehrssicherheit oder das Vertrauen des gutgläubigen Erwerbers. Das beweist die Regelung des § 935 BGB. Die Anwendbarkeit des § 281 mußte zwar oben abgelehnt werden, jedoch soll dem Wunsche und Interesse des bestohlenen Eigentümers trotzdem geholfen werden, aber nicht mit Hilfe des § 281 sondern mit der Bestimmung des § 816 I, 1. Wollte man den § 281 doch anwenden, würde man über das ursprüngliche Ziel, Schutz der Eigentümerinteressen, hinausschießen und eine unbillige Belastung des verfügenden Besitzers vornehmen. Auch aus diesem Grunde ist daher § 281 abzulehnen.

Nicht beipflichten kann man allerdings der Behauptung, es sei unbillig, dem Eigentümer den Erlös zu geben, weil dieser dadurch oft mehr bekommen würde, als die Sache selbst wert war. Dagegen spricht schon, daß in den meisten Fällen der Erlös geringer sein wird als der Wert der Sache, und der Eigentümer sich auch in solchen Fällen mit dem Minderwert begnügen muß. Der Besitzer hätte die Sache selbst herausgeben müssen. Es kann ihm daher auch die Herausgabe des Erlöses als des Ersatzes der Sache zugemutet werden. Außerdem hat der gutgläubige Besitzer die Sache ja gekauft und kann als Käufer gegenüber seinem Verkäufer das Rückgriffsrecht des § 440 Abs. II geltend machen. Denn für dieses muß die Herausgabe des Erlöses der Herausgabe der Sache an den Eigentümer gleichgestellt werden[151].

Nicht so leicht zu entkräften ist aber der Einwand, es könne zu einer unbilligen Belastung des verfügenden Besitzers führen, wenn der Eigentümer den Ersatz nach § 281 erhalte und außerdem noch seinen Herausgabeanspruch nach § 985

---

150 So auch RG. 115, S. 31 ff.
151 Dölle a.a.O. S. 28.

geltend machen könne. Fände er dann die Sache auf, so könne er sie dem derzeitigen Besitzer entziehen und der verfügende Besitzer habe dann nicht nur den Ersatz herausgeben müssen, sondern müsse auch noch den Anspruch seines Nachmannes aus § 440 Abs. II befriedigen. Dieser Schwierigkeit sucht man auf verschiedenen Wegen zu entgehen. Abzulehnen ist die analoge Anwendung des § 255, zu deren Verwerfung auch Sarx[152] gelangt. Dölle gibt bei gleichzeitiger Greifbarkeit der Sache und wohl auch bei einer Kette gutgläubiger Verfüger dem Eigentümer den Anspruch auf den Erlös nur gegen Genehmigung der Verfügung, also gegen Verzicht auf das Eigentum. In dem Augenblick der Genehmigung aber erlischt der dingliche Anspruch des Eigentümers überhaupt, also auch gegenüber dem, von dem man den Erlös herausverlangt[153]. Mit dieser Genehmigung ist der Anwendung des § 281 die Basis entzogen, weil es an einem Schuldverhältnis fehlt, das mit verändertem Inhalt fortdauern könnte. Wollte man sich aber auch dem Standpunkt von Dölle anschließen, so würde immer noch die Unbilligkeit bestehen bleiben, die in dem Umfang des nach § 281 herauszugebenden Erlöses für den gutgläubigen Besitzer liegt[154].

Da nämlich der § 281 kein Bereicherungsanspruch, sondern ein Anspruch auf Beschaffung des einmal Erlangten ist[155], so gelten für ihn nicht die Bestimmungen des Bereicherungsrechtes, insbesondere also nicht der § 818, nach dem der Bereicherte nur das herauszugeben hat, was er wenigstens dem Werte nach noch besitzt. Vielmehr finden die § 275 ff., also auch der § 281 Anwendung auf die Pflicht zur Herausgabe des Erlöses. Der verfügende Besitzer wird zwar regelmäßig nicht wissen, daß er nicht verfügen darf, weil er gutgläubig ist. Aber er wird doch — wendet man den § 281 auf ihn an — den Haftungsbestimmungen der §§ 275 ff. unterstellt und damit einem schlechtgläubigen Besitzer gleichgestellt. Da auch § 281 wieder für die Verpflichtung zur Erlösleistung gilt, muß der Besitzer auch das rechtsgeschäftliche Surrogat des Erlöses herausgeben und kann nicht etwa Wertersatz nach § 818 leisten. Abzüge von dem als Ersatz Erlangten darf er nach § 281 grundsätzlich nicht machen. Wenn man aber schon, wie auch das Gesetz will, den Eigentümer und nicht den gutgläubigen Erwerber einer gestohlenen Sache schützt, so verlangt es die Billigkeit, daß man den letzteren nicht auf mehr belangt, als was er von dem aus der Verfügung Erlangten wirklich noch besitzt. Dann schließlich hat er in gutem Glauben an seine Berechtigung verfügt.

---

152 Sarx a.a.O. S. 28.
153 Schwarz a.a.O. S. 20.
154 a. A. Wolff § 95 VI.
155 Leonhard, Schuldrecht I, S. 478; Haymann, IherJahrb. 77/290.

Die Ablehnung der Anwendbarkeit des § 281 auf die Fälle nichtberechtigter Verfügung durch einen gutgläubigen Besitzer wird schließlich noch gestützt durch die Erwägung, daß bei analoger Anwendung des § 281 die Anwendungsfälle des § 816 immer zugleich solche des § 281 wären und daß durch diese analoge Anwendung einer Rechtsnorm in ein gesetzlich schon geregeltes Gebiet weitgehend eingegriffen würde.

Der Tatbestand, daß ein vermeintlicher Eigentümer als in Wahrheit Nichtberechtigter über eine fremde Sache verfügt und dafür ein Entgelt verlangt, ist im § 816 BGB. geregelt. Dehnt man nun den § 281 in der Weise aus, wie es beispielsweise Dölle tut, so ist immer zugleich mit dem Tatbestand des § 816 der Tatbestand des § 281 erfüllt. Denn auch im Falle des § 816 handelt es sich um ein Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer. Auch hier bewirkt der Besitzverlust die Unmöglichkeit der Herausgabe, auch hier ist das Entgelt als Ersatz anzusehen. Gibt man aber dem Eigentümer beide Bestimmungen nebeneinander, so würde der Eigentümer in der Regel sich des § 281 BGB. bedienen, der ihn besser stellt. Denn diese Bestimmung läßt grundsätzlich Abzüge vom Erlös nicht zu, während das im Sinne des § 816 BGB. Erlangte, den Bereicherungsgrundsätzen, insbesondere dem § 818 BGB. unterliegt. Die Regelung des eben dargestellten Tatbestandes ist vom Gesetzgeber gewollt. Man kann nicht durch analoge Anwendung des § 281 BGB. die Haftungsgrundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung beseitigen, die der Gesetzgeber für unsern Fall angewandt wissen wollte und sie durch die allgemeinen Haftungsgrundsätze der §§ 275 ff. BGB. ersetzen, ohne daß eine Notwendigkeit dazu besteht. Fälle von der Art gehören also nach der Ansicht des Gesetzes in das Bereicherungsrecht.

§ 7. Die Ersatzherausgabe bei der hereditatis petitio (§ 2019 BGB.). Berücksichtigung der historischen Entwicklung.

Einen weiteren Fall des Surrogationsprinzipes bei Unmöglichkeit der Leistung finden wir bei der hereditatis petitio im § 2019 Abs. I BGB.: „als aus der Erbschaft erlangt gilt auch, was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt".

Die Aufstellung dieser Fiktion geschah deshalb, weil die Erbschaft in der Hand eines Erbschaftsbesitzers, der in Wirklichkeit nicht Erbe ist, eine besondere Behandlung erfordert. Denn ein fremder Vermögenskomplex in der Hand eines völlig unberechtigten Inhabers wird regelmäßig vom Rechte nicht als

eine Einheit behandelt, sondern einfach als eine Mehrzahl von Vermögensobjekten des Berechtigten, die Restitution dieser demnach nach den allgemeinen für jedes einzelne Objekt geltenden Grundsätzen verlangt.

Im Rechtsgebiet findet sich nur ein Fall der Art, wo das Gesetz einen Vermögenskomplex als einheitliches Rechtsobjekt besonderen Regeln unterstellt: Die Erbschaft in der Hand des Erbschaftsbesitzers gegenüber dem rechtmäßigen Erben.

Die besonderen Verhältnisse bei der Erbschaft, die Möglichkeit, daß jemand aus Irrtum über die Existenz eines Testamentes usw. eine ihm nicht zukommende Erbschaft als eigenes Vermögen verwaltet, die Schwierigkeit, das Schicksal aller ursprünglichen Erbschaftsstücke zu verfolgen, wenn der Berechtigte erst nach längerer Zeit die Restitution begehrt, zwingen den Gesetzgeber dazu, hier besondere, von den allgemeinen Grundsätzen als Ganzes abweichende Regeln aufzustellen.

Der Erbschaftsanspruch — nach der herrschenden Meinung ein Gesamtanspruch[156] — gibt dem wahren Erben neben anderen Befugnissen nach § 2018 BGB. das Recht, vom Erbschaftsbesitzer die Herausgabe des auf Grund eines in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts aus der Erbschaft Erlangten zu verlangen. § 2019 BGB. erstreckt diesen Anspruch auch auf das, was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt.

Wenn durch ein Erwerbsgeschäft des Erbschaftsbesitzers eine Vermögenslücke in Ansehung der Erbschaft entstanden ist, eine Lücke im körperlichen Bestande der Erbschaftsstücke oder im Bestande der zur Erbschaft gehörenden Rechte oder im Bestande dessen, was der Erbschaftsbesitzer aus der Erbschaft erlangt hat, so soll das Äquivalent, das der Erbschaftsbesitzer für die Weggabe oder Aufgabe des betreffenden Objekts erlangt hat, wiederum der Erbschaft einverleibt werden, d.h. dem Erben unmittelbar zufallen.

Für die Anwendung des § 2019 BGB. ergibt sich folgendes: An sich sind die Verfügungen des Erbschaftsbesitzers stets unwirksam, da er ja überhaupt kein Verfügungsrecht über Gegenstände der Erbschaft hat. Die an sich unrechtmäßigen Verfügungen des Erbschaftsbesitzers erlangen aber unter Umständen, infolge des Grundsatzes über den gutgläubigen Erwerb oder über das Handeln im Vertrauen auf das Grundbuch oder den Erbschein Wirklichkeit. Ist dies der Fall, findet der § 2019 BGB. Anwendung.

Ist dagegen der Dritte, zu dessen Gunsten der Erbschaftsbesitzer die Verfügung über den Erbschaftgegenstand getroffen hat, nicht durch die Vorschriften über den Erwerb in gu-

---

156 A. A. nur Hellwig a.a.O. bes. § 7; Binder a.a.O. Bd. III, S. 54,

tem Glauben oder im Vertrauen auf Grundbuch oder Erbschein geschützt, so ist die Verfügung stets unwirksam.

Der Erbe kann jedoch später noch die Verfügung durch Genehmigung wirksam machen und dadurch den § 2019 Abs. I BGB. mit rückwirkender Kraft zur Geltung bringen. In der Zwischenzeit herrscht ein Schwebezustand.

Diese vom Gesetzgeber getroffene Regelung kannte das römische Recht nicht. Hier hatte der Erbschaftsbesitzer den Erlös von Erbschaftsgegenständen und das von ihm für die Erbschaft Angeschaffte an den Erben herauszugeben. Es kam nicht darauf an, ob der Erbschaftsbesitzer *mit* Mitteln der Erbschaft, sondern ob er *für* die Erbschaft angeschafft hatte, auch wenn es aus eigenen Mitteln des Erbschaftsbesitzers geschehen war. Andrerseits war das Angeschaffte nicht herauszugeben, wenn es zwar *mit* Mitteln der Erbschaft, aber nicht *für* diese geschehen war[157].

Das Prinzip des gemeinen Rechts war Wahlrecht des Erben. Die entsprechenden Vorschriften des gemeinen Rechts bei der hereditatis petitio unterscheiden sich von der heutigen Regelung deshalb dadurch, daß die Surrogation nur eintritt, wenn der Erbe sich für diese entscheidet. In der Ausübung dieses Wahlrechts zugunsten der Surrogation liegt aber zugleich die Genehmigung der Veräußerung der betreffenden Nachlaßsache.

Der § 2019 BGB. geht gewissermaßen den umgekehrten Weg: Die Surrogation findet statt, wenn die Verfügung des Erbschaftsbesitzers dem Erben gegenüber wirksam ist; sie wird wirksam durch Genehmigung des Erben, soweit sie es nicht schon an sich ist. Eine Genehmigung liegt schon stillschweigend in der Inanspruchnahme des Surrogats in der Erhebung der Erbschaftsklage mit Beziehung auf das Surrogat.

Die verschiedenen Wege der beiden Rechte führen insofern zum gleichen Resultat: Der Erbe hat im einzelnen Fall die Wahl zwischen dem ursprünglichen Nachlaßgegenstand und dem Surrogate.

Der Entwurf 1. Lesung regelte die Surrogation bei der Erbschaftsklage verhältnismäßig eingehend in zwei getrennten Vorschriften. § 2081 Abs. II unterwarf der Erbschaftsklage dasjenige, was auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung eines Erbschaftsgegenstandes erworben war. Die eigentliche rechtsgeschäftliche Surrogation behandelte § 2081 Abs. III, der die Erbschaftsklage auf solche Gegenstände ausdehnte, die der Erbschaftsbesitzer durch ein auf die Erbschaft oder einen

[157] Vgl. l. 16 § 1, 2, 5, 7; l. 20 pr. § 2; l. 25 § 1 D de h. p. 5, 3; Enneccerus-Kipp V. Bd. § 68 II 1.

Erbschaftsgegenstand sich beziehendes Rechtsgeschäft erworben hat, sofern das Rechtsgeschäft gegenüber dem Erben wirksam ist oder von ihm genehmigt wird. Das ist also in das Belieben des Erbschaftsbesitzers gestellt.

Im § 2019 BGB. ist die Frage, was als Surrogation anzusehen ist, abweichend vom gemeinen Recht und vom Entwurf nach rein objektiven Gesichtspunkten geregelt. Es ist ganz gleichgültig, ob der Erbschaftsbesitzer für die Erbschaft erwerben wollte oder nicht.

Der Begriff „Mittel" ist derselbe wie in § 1381 BGB., also ein rein juristischer, nicht wirtschaftlicher. „Mittel der Erbschaft" im Sinne des § 2019 BGB. sind also Gegenstände, die der dinglichen Klage des Erben unterliegen, also nur das aus der Erbschaft Erlangte und die Surrogate. Dagegen gehören nicht zu den Mitteln der Erbschaft Gegenstände, die dem Erben nur gebühren.

Der Umfang der Haftung des Erbschaftsbesitzers gegenüber dem dinglichen Erbschaftsanspruch hängt aufs engste davon ab, wie man die Frage beantwortet, was nach § 2019 Abs. 1 BGB. als aus der Erbschaft erlangt zu gelten hat.

Das Gesetz selbst gibt die Antwort: Alles, was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt. Der Ausdruck „Erwerb durch Rechtsgeschäft" will sagen, daß z. B. Ansprüche wegen Zerstörung oder Beschädigung eines erbschaftlichen Gegenstandes nicht auf Grund des § 2019 Abs. 1 BGB., sondern schon aus allgemeinen Gründen in der Person des wahren Erben entstehen.

Der Ausdruck „Mit Mitteln der Erbschaft" bedeutet: Nach § 1922 BGB. gehören, da Universalrechtsnachfolge eintritt, zur Erbschaft alle (des Übergangs fähigen) vermögenswerten dinglichen und obligatorischen Rechte und der Besitz[155].

Mit diesem Begriff der Erbschaft deckt sich der § 2018 BGB. angewandte nicht völlig. Er ist insofern enger, als der Erbschaftsbesitzer nicht auf Grund eines mangelnden Erbrechtes Subjekt eines dinglichen oder obligatorischen Rechts werden kann, das ehemals dem Erblasser zustand. Weiter ist er insofern, als der Erbschaftsbesitzer, wenn er eine Eintragung ins Grundbuch erzielt, zweifellos etwas aus der Erbschaft erlangt hat.

Allgemein wird angenommen, im § 2019 BGB. sei eine dingliche Surrogation oder direkt wirkende Surrogation verordnet[156], ohne daß man in den Kommentaren und Lehrbü-

---

[155] A. A. Binder S. 49 f., der den Besitz nicht mit zur Erbschaft rechnet. Nach ihm gehören nur Besitzschutzansprüche dazu und nur dann, wenn sie bereits für den Erblasser entstanden waren. Trotzdem leugnet er nicht, daß der Erbe nach § 857 BGB. in den Besitz succediert.

[156] Bellermann vgl. S. 1; Langheineken S. 138 bezeichnet es als unmittelbare oder direkte Sur.

chern eine nähere Begründung dafür fände[160]. Trotzdem ist dies jedoch so selbstverständlich nicht. Schon Hellwig[161] und Binder[162] haben darauf aufmerksam gemacht.

Der Vorgang der dinglichen Surrogation geht folgendermaßen vor sich: Der Erbschaftsbesitzer erwirbt das Recht, an dem mit Erbschaftsmitteln angeschafften Gegenstand, aber es geht von ihm sofort direkt auf den wahren Erben über, es geht —bildlich gesprochen — durch ihn hierdurch. Der Erbschaftsbesitzer ist Subjekt der Rechtswirkung, aber kraft Gesetzes haftet das Recht nicht an ihm, sondern zieht sich unabhängig von seinem Willen sogleich auf den wahren Erben. (Durchgangstheorie).

Die dieser Durchgangstheorie entgegengesetzte Ansicht[163] sieht in dem Vorgang der Surrogation eine Art von Vertretung und nimmt an, in der Person des Erbschaftsbesitzers entstehe das Recht überhaupt nicht, sondern von vornherein in der Person des Erben.

Aus den Protokollen[164] geht hervor, daß die dingliche Surrogation eingeführt werden sollte.

An sich folgt aber aus dem Wortlaut des § 2019 BGB. nur, daß das auf die dort genannte Weise Erworbene gemäß § 2018 BGB. an den wirklichen Erben herauszugeben ist. Danach könnte eine obligatorische Obligation gemeint sein. Der Erbschaftsbesitzer erwirbt zunächst und hat die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums. Ebenso bestimmt § 2020 BGB., daß dem Erben vom Erbschaftsbesitzer die gezogenen Nutzungen herauszugeben sind (also Herausgabe -Eigentumsübertragung). Wenn aber trotzdem der § 2019 BGB. als eine Bestimmung einer dinglichen Surrogation anzusehen ist, hat das folgenden Grund: Im Interesse des wahren Erben muß eine Auflösung des Erbschaftsanspruches in einzelne persönliche Ansprüche verhindert werden. Denn der Erbschaftsanspruch umfaßt alles, was beim Tode des Erblassers in dessen Besitz war. Deshalb soll der Ersatz für das aus der Erbschaft Weggegebene unmittelbar an dessen Stelle treten. Nur eine solche Regelung kann den wahren Erben z. B. bei einem Konkurse des Erbschaftsbesitzers schützen. Aber es ist doch ein Unterschied von der dinglichen Surrogation im eigentlichen Sinne; denn in diesem Falle erwirbt die Person, aus deren Vermögen der Erwerb gemacht wurde, durch den Erwerber unmittelbar. Die Surrogation des § 2019 BGB. läßt aber keine anderen Eigentumsverhältnisse eintreten als sie ohne Surrogationsbestimmung eintreten würden. Sie

[160] z. B. Cosack § 399 Abs. 2; Endemann § 122 N. 8—10.
[161] a.a.O. S. 49 Nr. 16.
[162] a.a.O. Bd. III S. 414.
[163] Planck zu § 2019 Anm. 2; Leonhard S. 10.
[164] Bd. 5 S. 711, 714; Bd. 6 S. 324, 326.

leitet lediglich den Herausgabeanspruch des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer über von den aus der Erbschaft ausgeschiedenen Mitteln auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb, der durch diese gemacht wurde. Man muß aber die rechtliche Wirkung von der wirtschaftlichen unterscheiden. Rechtlich ist es zwar eine dingliche Surrogation, wirtschaftlich kommt diese Surrogation aber einer obligatorischen näher als einer dinglichen. Denn in Wirklichkeit erwirbt der Erbe nicht die Surrogation mit dinglicher Wirkung, sondern er bekommt nur einen Herausgabeanspruch. Trotz ihrer Dinglichkeit kommt der Surrogation im Enderfolge doch eine obligatorische Wirkung zu. Man kann also von einer quasi-dinglichen Surrogation im Falle des § 2019 BGB. sprechen.

Bernhöft[165] leugnet eine unmittelbare dingliche Surrogation im § 2019 BGB. Er motiviert: Das Problematische beruht auf der Fiktion des § 2019 Abs. I BGB. (§ 1381: Das Eigentum geht auf die Frau über; § 1219 und § 996 BGB.: Der Erlös tritt an die Stelle des Pfandes). An solchem Wortlaut läßt sich nicht rütteln. Jedoch fingiert § 2019 BGB. nur, das mit Erbschaftsmitteln Erworbene sei aus der Erbschaft erlangt und trifft diese Bestimmung offenbar im Hinblick auf § 2018 BGB., nach welchem der wahre Erbe vom Erbschaftsbesitzer das aus der Erbschaft Erlangte herausverlangen kann. Demnach unterwirft der § 2019 Abs. I BGB., wollte man sich an den bloßen Wortlaut halten, die Surrogate nur ebenfalls dem Herausgabeanspruch des § 2018 BGB., ohne einen Eigentumsübergang auf den wahren Erben direkt zu konstruieren. Aber in dem zweiten Absatz dieses Paragraphen ist gesagt, daß mit Erbschaftsmitteln erworbene Forderungen „der Erbschaft zugehören" und daß der Schuldner, wenn er, ohne von der Zugehörigkeit zu wissen, an den Erbschaftsbesitzer zahlt, befreit ist. Der wahre Erbe muß also Erfüllungsgeschäfte unter diesen Umständen gegen sich gelten lassen; und zwar nicht, weil der Pseudoerbe Gläubiger war, sondern obschon er es nicht war, obschon er — der Erbe — selbst Gläubiger war.

Ist die Erbschaft durch Ungeschick des redlichen Erbschaftsbesitzers besonders zusammengeschmolzen, so trägt der Erbe den Schaden allein. Dementsprechend soll er darum auch andererseits die Vorteile haben, den ganzen Zuwachs erhalten, den die Erbschaft in der Verwaltung des Besitzers erfährt.

III. Teil.

§ 8. Schluß.

Wenn in der vorliegenden Arbeit dargetan ist, daß das Surrogationsprinzip bei der Unmöglichkeit der Leistung sich

[165] a.a.O. S. 248—251.

in erster Linie auf dem Gebiet des Schuldrechts auswirkt, so hat dies zusammenfassend betrachtet, seine Ursache darin, daß die Bestimmungen des Sachenrechts, des Familienrechts und des Erbrechts in starre Form gebunden sind, während dem Schuldrecht weiter Spielraum hinsichtlich seiner Auslegungsmöglichkeiten gegeben ist.

Das Schuldrecht ist beherrscht von Gedankengängen, die in Treue und Glauben und in der Verkehrssitte verankert liegen. So wie die Auffassungen von Treue und Glauben in fortgesetztem Fluß sind, so müssen auch die schuldrechtlichen Parteibeziehungen einem ständigen Wandel unterliegen.

Die Vertragsparteien sollen nicht mehr Streitgegner, sondern Rechtsgenossen sein, die in gemeinsamer Verbundenheit das gemeinsam gesetzte Ziel verwirklichen wollen. Daraus ergibt sich, daß die Herbeiführung der Vereitelung der Erfüllung eines Vertrages zugleich eine Treupflichtverletzung ist[166]. Wird die Unmöglichkeit durch einen nicht zu vertretenden Umstand herbeigeführt, so müssen beide Parteien mit den Surrogaten das gemeinsam gesteckte Ziel verwirklichen. Wird die Unmöglichkeit bewußt herbeigeführt, so muß sie als Treupflichtverletzung geahndet werden. Insofern könnte die Auffassung, daß der § 281 strafenden Charakter habe, für diesen Fall mehr und mehr an Boden gewinnen.

Andererseits darf das Befriedigungsbedürfnis des Gläubigers aber nicht den Rahmen der Vertragstreue überschreiten. Auch er muß als Rechtsgenosse die Inanspruchnahme des Schuldners nicht nach starren Normen durchzusetzen versuchen, sondern seine Ansprüche unter Berücksichtigung des bestehenden Vertrauensverhältnisses geltend machen. Das Unmöglichwerden der Leistung reißt eine Lücke in die Vertragsbeziehungen der Parteien, die ausgefüllt werden muß. Eine befriedigende Lösung ist nur schwer zu finden, so lange sie aus der Generalklausel des § 281 gefunden werden muß. So klar diese Bestimmung, an sich betrachtet, ist, so schwierig ist aber auch ihre Anwendung auf den Einzelfall. Nur dann ist dem gerechten Ausgleich der Weg geebnet, wenn die Grundsätze von Treu und Glauben nicht mehr einen Notbehelf sondern den Kernpunkt bei der Auslegung der Rechtssätze und bei der Abwägung der Parteibelange bilden.

Eine rein objektive Untersuchung einzelner Rechtssätze kann nur den Zweck haben, die Quellen zu finden, in denen die Entfremdung des Rechtssuchenden vom Recht zu finden ist.

Die Zukunft wird diese Quellen zum Versiegen bringen.

---

[166] Vgl. hierzu die Gesichtspunkte der Vorschläge d. Akademie f. deutsches Recht in Stall a.a.O. S. 1 ff.

Lebenslauf.

Am 30. Juni 1910 wurde ich als Sohn des Bürgermeisters Hermann Kalbhen und seiner Ehefrau Hedwig geb. König zu Haselünne in Hannover geboren. Nach der Versetzung meines Vaters in gleicher Eigenschaft nach Nottuln in Westfalen besuchte ich dort 4 Jahre die Volksschule und 3 Jahre die Rektoratschule. Weitere 6 Jahre verbrachte ich auf dem humanistischen Gymnasium in Dülmen (Westf.), das ich 1929 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Darauf studierte ich an den Universitäten München und Münster Rechtswissenschaft. Am 30. Juli 1934 legte ich bei dem Oberlandesgericht Hamm (Westf.) die erste juristische Staatsprüfung ab. Augenblicklich befinde ich mich im Vorbereitungsdienst.